

Coordenador

Marcelo Buzaglo Dantas

Organizadoras

Adriane Guasque

Bárbara Guasque

Heloise Siqueira Garcia

TEMAS RELEVANTES E ATUAIS DE DIREITO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Autores

Adriane Guasque

Agatha de Vasconcellos Mapelli Vieira

Ana Paula Alexandre M. de Oliveira Pinto

Bárbara Guasque

Eduardo Mattos Gallo Júnior

Fernando de Castro Faria

Fernando Rodrigo Busarello

Heloise Siqueira Garcia

Janiara Maldaner Corbetta

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben

Luiz Felipe Siegert Schuch

Marcelo Carlin

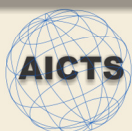
Marcelo Pizolati

Marcus Alexsander Dexheimer

Paulo Eduardo Huergo Farah

Rafael Maas dos Anjos

Volnei Celso Tomazin



Associação Internacional de Constitucionalismo,
Transnacionalidade e Sustentabilidade



Instituto Universitario del Agua
y de las Ciencias Ambientales



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



UNIVALI

2018

Coordenador
Marcelo Buzaglo Dantas

Organizadoras
Adriane Guasque
Bárbara Guasque
Heloise Siqueira Garcia

TEMAS RELEVANTES E ATUAIS DE DIREITO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

AUTORES

Adriane Guasque
Agatha de Vasconcellos Mapelli Vieira
Ana Paula Alexandre M. de Oliveira Pinto
Bárbara Guasque
Eduardo Mattos Gallo Júnior
Fernando de Castro Faria
Fernando Rodrigo Busarello
Heloise Siqueira Garcia
Janiara Maldaner Corbetta

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben
Luiz Felipe Siegert Schuch
Marcelo Carlin
Marcelo Pizolati
Marcus Alexsander Dexheimer
Paulo Eduardo Huergo Farah
Rafael Maas dos Anjos
Volnei Celso Tomazin

ISBN:



Associação Internacional de Constitucionalismo,
Transnacionalidade e Sustentabilidade



Instituto Universitario del Agua
y de las Ciencias Ambientales



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



UNIVALI

2018

Coordenador

Marcelo Buzaglo Dantas

Diagramação

Heloise Siqueira Garcia

Organizadoras

Adriane Guasque

Bárbara Guasque

Heloise Siqueira Garcia

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Autores

Adriane Guasque

Agatha de Vasconcellos Mapelli Vieira

Ana Paula Alexandre M. de Oliveira
Pinto

Bárbara Guasque

Eduardo Mattos Gallo Júnior

Fernando de Castro Faria

Fernando Rodrigo Busarello

Heloise Siqueira Garcia

Janiara Maldaner Corbetta

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben

Luiz Felipe Siegert Schuch

Marcelo Carlin

Marcelo Pizolati

Marcus Alexsander Dexheimer

Paulo Eduardo Huergo Farah

Rafael Maas dos Anjos

Volnei Celso Tomazini

Projeto de Fomento

Obra com fomento da Associação Internacional de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade – AICTS.



Associação Internacional de Constitucionalismo,
Transnacionalidade e Sustentabilidade



Associação Internacional de Constitucionalismo,
Transnacionalidade e Sustentabilidade



Instituto Universitario del Agua
y de las Ciencias Ambientales



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



UNIVALI

2018

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
Dr. Marcelo Buzaglo Dantas.....	9
MSc. Heloise Siqueira Garcia	9
MSc. Bárbara Guasque.....	9
MSc. Adriane Guasque.....	9
SUSTENTABILIDADE NA PÓS-MODERNIDADE.....	10
Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben.....	10
Rafael Maas dos Anjos	10
Ecologia e Estado de Direito do Ambiente	31
Marcus Alexsander Dexheimer	31
A ORIGEM DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL.....	49
Fernando Rodrigo Busarello.....	49
O CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL GLOBAL COMO ALTERNATIVA À CRISE SOCIOECOLÓGICA DO ANTROPOCENO	58
Marcelo Carlin	58
Agatha de Vasconcellos Mapelli Vieira	58
COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A SOLUÇÃO MEDIANTE PONDERAÇÃO E A NECESSIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	75
Adriane Guasque.....	75
A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AMBIENTAL A PARTIR DA VISÃO DA DIMENSÃO ECONÔMICA DA SUSTENTABILIDADE	89
Bárbara Guasque.....	89
Heloise Siqueira Garcia	89
A UTILIZAÇÃO DO IMPOSTO COMO MEIO DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE	115
Ana Paula Alexandre Machado de Oliveira Pinto	115
PROTEÇÃO AMBIENTAL E INTERESSES ECONÔMICOS: Os desafios da regulamentação do lobby ante a ação de grupos de pressão.....	139
Fernando de Castro Faria	139
TAXA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE.....	154
Janiara Maldaner Corbetta	154
O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL	179
Marcelo Pizolati.....	179
Eduardo Mattos Gallo Júnior	179

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO DE CONTORNOS PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE: UMA RELEITURA DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3540	192
Luiz Felipe Siegert Schuch	192
RE 548.181/PR: RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA E A QUEBRA DO PARADIGMA CONSISTENTE NA DUPLA IMPUTAÇÃO NA INFRAÇÃO PENAL AMBIENTAL.....	217
Paulo Eduardo Huergo Farah	217
A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO E A TEORIA CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE	234
Volnei Celso Tomazini	234

APRESENTAÇÃO

Os Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí possuem como característica intrínseca a produção científica de qualidade corroborada sempre que possível com a internacionalização, de modo que a troca de conhecimento entre as teorias estudadas no Programa possa também ser ventiladas em programas de instituições não só Nacionais como Internacionais. Acredita-se que isso possibilita o engrandecimento e melhor disseminação do conhecimento.

Nesse diapasão, a produção realizada nos cursos busca sempre o aprimoramento científico de conteúdos de relevância mundial, entre estes, um dos mais relevantes, foco de uma das linhas de pesquisa do curso de Doutorado diz respeito ao Direito Ambiental e à Sustentabilidade e suas interfaces, que é a linha “Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade”.

A partir de tais prerrogativas, é com grande satisfação que apresentamos a presente obra que reflete todas essas características intrínsecas buscadas pelo Programa e vem contribuir para a pesquisa científica nacional e internacional sobre temas relevantes no que concerne ao Direito Ambiental e à Sustentabilidade.

A obra é composta por artigos de discentes do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí e seus temas estão interligados com a linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade.

Importante ressaltar, ainda, que esta obra só teve sua realização possível devido aos fomentos e apoios garantidos pela Associação Internacional de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade – AICTS (<https://www.aicts.com.br/>).

As discussões tratadas em cada um dos capítulos são, então, reflexo do tema proposto e exarado no título do livro “TEMAS RELEVANTES E ATUAIS DE DIREITO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL”.

Nesse íterim, o primeiro capítulo escrito por Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben e Rafael Maas dos Anjos, trata da sustentabilidade na pós-modernidade, que busca repensar e refletir acerca dos valores da pós-modernidade, reconhecendo a sustentabilidade como um novo paradigma no cenário de incertezas trazidos por esse período.

Na sequência, de maneira bastante interligada, Marcus Alexander Dexheimer trabalha com

a ecologia e o Estado de Direito do Ambiente, partindo da hipótese de que a evolução da teoria da ecologia influencia na construção de um Estado apto a fazer frente às atuais demandas de natureza ambiental.

Na mesma esteira, no capítulo seguinte, Fernando Rodrigo Busarello trabalha com a origem da sustentabilidade ambiental, onde busca lançar os olhos não só para a origem moderna do conceito de desenvolvimento sustentável, mas observar o contexto histórico que permeia o tema, permitindo a observação do passado para a aquisição de experiências que enriquecem a reflexão sobre as ações necessárias para que se leve adiante o desenvolvimento deste tema que é fundamental no presente e ocupará, sem dúvidas, esta e as próximas gerações.

O quarto capítulo, escrito por Marcelo Carlin e Agatha de Vasconcello Mapelli Vieira, trata do constitucionalismo ambiental global como alternativa à crise socioecológica do antropoceno, onde buscam destacar o esverdeamento das Constituições no contexto global e creditar ao tema a importância que lhe é devida, sem se olvidar que a presente sociedade pode se apresentar como um verdadeiro agente emancipador, conforme descrito por Beck na obra “La metamorfoses del mundo”.

No quinto capítulo, Adriane Guasque trata da colisão de princípios constitucionais, trazendo uma solução mediante a ponderação e a necessidade da argumentação jurídica, pretendendo demonstrar o quão importante revela-se este alerta, diante da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Partindo para estudos mais específicos das nuances da Sustentabilidade, Bárbara Guasque e Heloíse Siqueira Garcia realizam, no sexto capítulo, uma análise econômica do Direito Ambiental a partir da visão da dimensão econômica da sustentabilidade, buscando apresentar premissas econômicas aplicáveis ao direito ambiental considerada a dimensão econômica da sustentabilidade.

Nesse diapasão, Ana Paula Alexandre Machado de Oliveira Pinto escreve o sétimo capítulo com o tema da utilização do imposto como meio de tutela do meio ambiente, cujo objeto consiste na investigação da natureza dos diversos impostos existentes no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro com o fim de neles identificar as possibilidades e limites de sua utilização como forma de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No oitavo capítulo Fernando de Castro Faria trabalha com o tema da proteção ambiental e os interesses econômicos, trazendo a contextualização do *lobby* no que pertine à possibilidade de

influência de grupos externos quando da tomada de decisão por parte de órgãos estatais, notadamente em relação às questões ambientais. Não se trata de estudo envolvendo temas de proteção ao ambiente, mas de como os grupos de pressão, tanto empresariais como ambientais, podem interferir na produção legislativa, a exemplo do que ocorre em outras áreas.

Após, no nono capítulo, Janiara Maldaner Corbetta fala da taxa ambiental como instrumento de defesa do meio ambiente, com o objetivo de demonstrar a necessidade de se relativizar os princípios estabelecidos pelo Direito Tributário para possibilitar a instituição de taxas ambientais como instrumento de defesa do meio ambiente. Tudo como forma de viabilizar o controle estatal de impactos das ações humanas sobre a natureza, fazendo valer o direito fundamental à proteção dos recursos naturais e garantia de um meio ambiente adequado e equilibrado para a presente e as futuras gerações.

O décimo capítulo, de autoria de Marcelo Pizolati e Eduardo Mattos Gallo Júnior, trata do Princípio da precaução e o ônus da prova no Processo Civil, em que os autores buscam discutir o conceito, a aplicabilidade do princípio da precaução e seu reflexo no encargo probatório nas demandas que versem sobre Direito Ambiental.

Na sequência, Luiz Fellipe Siegert Schuch trabalha com o papel do Supremo Tribunal Federal na definição de contornos para a proteção jurídica do meio ambiente, buscando realizar uma releitura da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540 a partir de uma breve investigação na jurisprudência nacional, nos estreitos limites do espaço disponibilizado, acerca da postura dos tribunais frente ao tema da proteção ambiental.

O décimo segundo capítulo de Paulo Eduardo Huergo Farah trata da responsabilidade da pessoa jurídica e a quebra do paradigma consistente na dupla imputação penal ambiental a partir da análise do Recurso Extraordinário 548.181 do Paraná.

E, por fim, mas não menos importante, Volnei Celso Tomazini trabalha com a responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica de direito privado e a teoria construtivista de culpabilidade, partindo da exemplificação de um caso concreto referente a um desastre ambiental ocorrido em solo brasileiro.

Pelo brevemente exposto nesta apresentação já se pode perceber que o conteúdo do presente livro possui uma discussão valiosíssima, relacionando os temas de maior importância na área do direito atualmente, o que nos deixa extremamente felizes e honrados pela coordenação e

organização desta produção, que ela repercute no mundo acadêmico da mesma maneira.

Itajaí, setembro de 2018.

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas

MSc. Heloise Siqueira Garcia

MSc. Bárbara Guasque

MSc. Adriane Guasque

SUSTENTABILIDADE NA PÓS-MODERNIDADE

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben

Rafael Maas dos Anjos¹

INTRODUÇÃO

Na sociedade atual, caracterizada por uma complexa teia de relações políticas, econômicas, sociais, culturais e jurídicas, surgem a todo instante novos conflitos e dilemas, os quais atingem patamares de complexidade que colocam em risco não só o bem-estar da geração presente, mas também das futuras gerações. Os danos decorrentes da dinâmica social atual são incontáveis, sendo muitas vezes comum a dificuldade de identificar a origem dos danos e seus eventuais responsáveis.

Os avanços tecnológicos e científicos ampliaram as facilidades e o conforto na mesma proporção em que tornaram mais intrincados os relacionamentos e a convivência global.

As transformações no meio político e nos modos de produção advindas das revoluções francesa e industrial determinaram um novo rumo para a humanidade. As relações sociais alcançaram um grau de agilidade nunca visto, com redefinição dos conceitos de tempo e espaço; os avanços tecnocientíficos diminuíram as distâncias e aceleraram os relógios. Estamos perto de tudo, mas não temos tempo para nada!

Imperioso se faz repensar e refletir acerca dos valores da pós-modernidade: de onde viemos, onde estamos e para onde rumamos.

Esse cenário de incertezas nos obriga a buscar novos paradigmas capazes de nos capacitar e moldar ao viver moderno.

Nessa sociedade de risco reflexiva², de rede³, de espetáculo⁴, envolta na modernidade

¹ Doutorandos em Ciência Jurídica - UNIVALI. Artigo apresentado para conclusão da disciplina “Governança Transnacional e Sustentabilidade”, ministrada pelo Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, turma 2017.1.

² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011.

³ CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 2. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

⁴ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

líquida⁵ e hipermoderna⁶, na era das grandes transformações⁷, a sustentabilidade vem se consolidando como novo paradigma instigador do direito e, por consequência, da vida em sociedade, almejando responder aos novos anseios da humanidade e permitindo condições para o enfrentamento das dificuldades abordadas.

Tal paradigma, pluridimensional – fala-se tradicionalmente em dimensões ambiental, econômica e social –, apresenta-se como elo dinâmico e de articulação das relações sociais, com repercussão na produção e aplicação do direito, visando a tornar o convívio em sociedade harmônico e equilibrado.

Trata-se, ademais, de tema de grande relevância no momento atual, pós-moderno, onde a humanidade passa por mudanças que geram forte insegurança. Alguns exemplos: na área social tem-se o terrorismo e as crises migratórias, na seara econômica fala-se em desemprego e concentração de riqueza e no setor ambiental apresentam-se catástrofes climáticas e aquecimento global. As ameaças à saúde e ao meio ambiente são ampliadas. O risco é global e a crise ecológica é real, abalando as estruturas da dinâmica social.

Tem-se um dilema: é possível agregar os valores do paradigma da sustentabilidade na pós-modernidade? Eis o desafio.

O presente estudo, utilizando-se do método dedutivo⁸, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, aborda a temática da sustentabilidade como parâmetro e referência para a ordem jurídica na pós-modernidade.

1. AS INCERTEZAS DA PÓS-MODERNIDADE

A era que se convencionou chamar de modernidade tinha como características principais o surgimento do estado e do direito, além da prevalência da razão e do indivíduo.

Vivíamos em um mundo sólido. Neles reinavam os grandes complexos industriais. Capital e trabalho eram condenados a uma convivência forçada, amando-se ou odiando-se. A produção e a execução das atividades, por trás de enormes maquinários, estavam envoltas pelas cercas, em uma

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

⁷ BOFF, Leonardo. **A grande transformação: na economia, na política e na ecologia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

união celebrada pelos apitos da fábrica.

As fronteiras eram bem delimitadas, o conceito de soberania ainda não havia se metamorfoseado e o estado-nação impunha suas regras sem maiores entraves. A durabilidade de produtos e, mais do que isso, de projetos, era algo ambicionado. Empresas e governos perseguiram a imortalidade, pensavam a longo prazo. Nesse mundo, ainda havia a lembrança do passado e certa esperança no futuro, em regra depositada nas mãos de um líder.

Nesse cenário, as utopias estavam bem vivas, os fins pareciam definidos e os dilemas principais incidiam sobre os meios a serem utilizados para a tarefa de construção de uma sociedade justa. Espaço e tempo eram elementos estreitamente atados, de maneira que longe significava tarde⁹. Se o fator tempo para atingir um determinado local era relevante, faziam sentido o expansionismo territorial e o chegar primeiro. Essa modernidade sólida foi se dissolvendo, em boa medida pelo aperfeiçoamento da tecnologia, no contexto da globalização.

CAPRA¹⁰ discorre sobre a denominada nova economia:

[...] a Revolução da Informática ajudou a trazer à luz uma nova economia global – um capitalismo rejuvenescido, flexível e enormemente ampliado.

Como enfatiza CASTELLS, esse novo capitalismo é profundamente diferente do que se formou durante a revolução industrial e do que surgiu depois da segunda guerra mundial. Caracteriza-se por três traços fundamentais: suas principais atividades econômicas são globais; suas principais fontes de produtividade e competitividade são a inovação, a geração de conhecimento e o processamento de informações; e ele se estrutura principalmente em torno de redes de fluxos financeiros.

Completa:

Nessa nova economia, o capital financeiro funciona “em tempo real”, movimentando-se rapidamente pelas redes financeiras internacionais. A partir dessas redes, ele é investido em atividades econômicas de todo tipo, e a maior parte dos lucros são redirecionados para a meta-rede de fluxos financeiros. As tecnologias sofisticadas de informática e telecomunicações permitem que o capital financeiro mova-se rapidamente de uma opção a outra numa incansável busca de oportunidades de investimento pelo planeta inteiro, o que faz com que as margens de lucro no mercado financeiro sejam, em geral, muito mais altas do que na maioria dos investimentos diretos. Por isso, todos os fluxos de dinheiro convergem, em última análise, para as redes financeiras internacionais, sempre à procura de ganhos maiores.¹¹

Na fluidez dos novos tempos, o capital tornou-se volátil. Quebrado o eixo espaço-temporal,

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**.

¹⁰ CAPRA, Fritjof. **As Conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 148.

¹¹ CAPRA, Fritjof. **As Conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável, p. 148.

com os movimentos dos oponentes beirando à instantaneidade, mais do que conquistar novos territórios passou a ser decisivo romper as barreiras à livre circulação das riquezas. O soberanismo de antes tornou-se um inconveniente dique na fluidez dos negócios internacionais.

BAUMAN¹², inspirador principal de parcela considerável deste texto, revela-nos as marcas da contemporaneidade:

O tipo de modernidade que era o alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece “pesada” (contra a “leve” modernidade contemporânea); melhor ainda, “sólida” (e não “fluida”, “líquida” ou “liquefeita”); condensada (contra difusa ou “capilar”); e, finalmente, “sistêmica” (por oposição a “em forma de rede”).

Também o desejo da perenidade foi transfigurado. O duradouro é o velho e o velho é para quem não pode comprar a novidade. Produtos e vínculos, na modernidade fluida, são transitórios, fadados não mais a antiquários e a jubileus, mas a usinas de reciclagem e a divórcios.

A exaltação patológica do indivíduo ofuscou a dimensão da cidadania. O espaço público foi reduzido a um palco para a exposição de intimidades de personalidades públicas¹³. As questões que poderiam interessar à construção de uma comunidade foram relegadas a um plano inferior. Os seres dessa modernidade avançada ou pós-modernidade são antes de tudo consumidores frenéticos que perderam a dimensão da cidadania, fascinados pela profusão de mercadorias, suas cores, seus sabores, seus brilhos e seus cheiros.

O consumo progressivo, a multiplicidade de opções, a perseguição incessante da última moda das mercadorias, fragmenta a vida em satisfações que se esvaem a cada compra para, quase de imediato, darem lugar ao querer de uma nova compra. Pela enorme gama de possibilidade, vive-se o paradoxo de ter satisfações momentâneas, sempre entremeadas pela sensação de vazio de quem nunca experimentará *a satisfação*. A dinâmica da segunda modernidade produz, assim, a multidão solitária da *black friday*, um aglomerado caótico de indivíduos muito distantes de formar uma comunidade.

O hiperindividualismo¹⁴ compromete, repita-se, a visão de sociedade. Em uma reação em cadeia, estimula-se a tendência de descompromisso com o outro, quando não desprezo ou indiferença. Os laços entre as pessoas perderam robustez; limitam-se ao mínimo necessário. Os

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**, p. 36.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**.

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Luís Filipe Sarmiento. Lisboa: Edições 70, 2015.

relacionamentos são descartáveis como as mercadorias.

A vontade aguda de consumir inevitavelmente faz com que a por vezes propalada preocupação com o meio ambiente vá até onde não prejudique a libertação fugidia que os centros comerciais proporcionam. Na visão de BAUMAN¹⁵,

A liberdade de tratar o conjunto da vida como uma festa de compras adiadas significa conceber o mundo como um depósito abarrotado de mercadorias. Dada a profusão de ofertas tentadoras, o potencial gerador de prazeres de qualquer mercadoria tende a se exaurir rapidamente. Felizmente para os consumidores com recursos, estes os garantem contra consequências desagradáveis como a mercantilização. Podem descartar as posses que não mais querem com a mesma facilidade com que podem adquirir as que desejam. Estão protegidos contra o rápido envelhecimento e contra a obsolescência planejada dos desejos e sua satisfação transitória.

Se os rumos da sociedade estão fortemente entrelaçados à economia e o sucesso desta depende de um gradativo incremento da demanda, a reclamar o emprego progressivo de recursos finitos encontrados na natureza, o tema da sustentabilidade não é uma mera elucubração acadêmica ou um capricho de ambientalistas. Com uma pequena ponta de otimismo, LIPOVETSKY¹⁶ comenta:

Enquanto o mercado estende a sua “ditadura” do curto prazo, as preocupações relativas ao futuro planetário e aos riscos ambientais assumem um lugar primordial no debate coletivo. Perante as ameaças da poluição atmosférica, das mudanças climáticas, da erosão da biodiversidade, da contaminação dos solos, afirmam-se as ideias de “desenvolvimento sustentável” e de ecologia industrial, com o encargo de transmitir um ambiente viável às gerações que nos sucederem. Multiplicam-se igualmente os modelos de simulação de cataclismos, as análises de risco à escala nacional e planetária, os cálculos probabilísticos destinados a conhecer, a avaliar e a controlar os perigos. Morrem as utopias coletivas, mas intensificam-se as atitudes pragmáticas de previsão e de prevenção técnico-científicas. Se o eixo do presente é dominante, ele não é absoluto, a cultura de prevenção e a “ética do futuro” fazem ressaltar os imperativos do futuro menos ou mais distante.

Na literatura, Gabriel García Márquez¹⁷ parece compartilhar a esperança ao descrever a virada do século, quem sabe pelo seu apego crônico à poesia, raramente próxima da realidade:

O pensamento era cativo de dogmas irreconciliáveis e ideologias utilitárias, semeadas no papel mas não no coração das pessoas, e cujo signo maior era a ficção conformista de que estávamos na plenitude da aventura humana. De repente, um vendaval de não se sabe onde começou a esfacelar esse colosso com pés de barro e nos fez compreender que vínhamos pelo caminho errado, sabe-se lá desde quando. Mas ao contrário do que poderia parecer, estes não são os prelúdios de um desconcerto, mas exatamente o contrário: o longo amanhecer de um mundo presidido pela libertação total do pensamento, para que ninguém seja governado por ninguém mais que sua própria cabeça.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**, p. 114.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**, p. 72-73.

¹⁷ MÁRQUEZ, Gabriel García. **Eu não vim fazer um discurso**. São Paulo: Record, 2011, p. 50.

Sobre o tema do real, diz-se que vivemos a hiperrealidade. Em uma leitura simplificada, é como se enxergássemos não propriamente a realidade, mas aquele simulacro que nos é transmitido pelos meios de comunicação de massa, que tiveram sua importância maximizada. Eles nos auxiliam na procura desesperada por uma identidade, que não é mais herdada, e por isso precisa ser encontrada, o que raramente acontece.

Em outras palavras, não se descarta que estejamos vendo apenas as sombras das imagens reais projetadas no fundo da caverna, seguros de que é esse o mundo do ser e não há nada além disso. Em uma sociedade que nunca produziu tantos riscos, um deles é o de nos descobrirmos agrilhoados de costas para aquilo que verdadeiramente ocorre. Seremos nós os iludidos prisioneiros do mito da caverna, argutamente formulado por Platão, ou aqueles não menos enganados personagens da parábola A Caverna, de José Saramago¹⁸? Na mudança da sociedade de produtores para de consumidores, podemos ser os incautos compradores a confundir a segurança e a higiene/pureza dos centros comerciais à única dimensão do real? Parece útil, nesse vertedouro de dúvidas, a distinção de Bauman entre liberdade subjetiva, aquela que pensamos ter, e a objetiva, a que efetivamente temos.

O fenômeno anterior, que pressupõe a mídia como intermediária entre observador e realidade, está conectado com o da hiperinformação. Recebemos diariamente imensa quantidade de dados, mas em fragmentos, desconectados e superficiais. Perdemos muito da capacidade de aprofundar o conhecimento e incorporamos o contrassenso do ignorante informado. O acesso à notícia é fácil e abundante, mas estamos cada vez menos sábios e mais manipuláveis. Em todos os níveis de escolaridade, inadvertidamente reproduzimos notícias falsas – *fake news* para *fake people* –, na velocidade das atualizações das páginas eletrônicas, abandonamos o pensamento crítico sem nos darmos conta, certos de que somos sábios por acessarmos com certa frequência dois ou três oráculos digitais.

O desvanecimento da capacidade de abstração, a repulsa à alta cultura, vista como uma excentricidade de perdedores, a impaciência para lidar com a complexidade, a aversão pelo outro, confundida e aclamada como o ápice da liberdade, também são características de nossa época. A agressividade e a estupidez que proliferam nas redes sociais são prova disso. Nelas homens e mulheres pós-modernos podem confessar suas intimidades, atacar desafetos sem maiores

¹⁸ SARAMAGO, José. **A Caverna**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

constrangimentos, ocultos por uma máscara digital, ruminar sua falta de norte, suas frustrações, seu sentimento de inadequação, de inconformismo consigo mesmo refletido nos outros, decantar seus rancores e exaltar a própria mediocridade.

Compreende-se, nesse quadro, o provocativo jogo de palavras de MORIN¹⁹ ao intitular um dos capítulos de seu *Terra-Pátria* como “O desenvolvimento do subdesenvolvimento dos desenvolvidos e subdesenvolvidos”:

O desenvolvimento, no sentido que lhe demos, supõe a manifestação das autonomias individuais e ao mesmo tempo o crescimento das participações comunitárias, desde as participações polêmicas até as participações planetárias. Mais liberdade e mais comunidade. Mais ego e menos egoísmo.

Essa ideia de desenvolvimento nos faz então tomar consciência de um fenômeno chave da era planetária: o subdesenvolvimento dos desenvolvidos aumenta precisamente com seu desenvolvimento tecno-econômico.

A desorientação da modernidade líquida, essa sensação de estarmos à deriva em diversos aspectos, contribui para o mal-estar descrito por BAUMAN²⁰:

Num mundo constantemente em movimento, a angústia que se condensou no medo dos estranhos impregna a totalidade da vida diária – preenche todo fragmento e toda ranhura da condição humana.

No mundo moderno, notoriamente instável e constante apenas em sua hostilidade a qualquer coisa constante, a tentação de interromper o movimento, de conduzir a perpétua mudança a uma pausa, de instalar uma ordem segura contra todos os desafios futuros, torna-se esmagadora e irresistível.

A sociedade de consumidores - que descarta aqueles não integrantes do mercado de consumo como não-pessoas, porque irrelevantes à economia – e seus hábitos predatórios tem total relação com a sustentabilidade, mormente na conformação que lhe é dada neste artigo. Ela não se resume à bandeira ambientalista de proteção desta ou daquela espécie ameaçada. Tão insustentáveis quanto a poluição, a eutrofização e a aniquilação da biodiversidade, são a formação de guetos sociais, a eliminação da empatia, a irresponsabilidade/desregulação econômica, a negação de uma vida estável – o que demanda um aparato estatal mínimo de proteção -, a privação do acesso à educação de qualidade, a cuidados de saúde, ao transporte público eficiente, enfim, a substituição do valor solidariedade pelo individualismo.

¹⁹ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Tradução de Paulo Neves. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1995, p. 110.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 21.

2. NOTAS SOBRE A SUSTENTABILIDADE

Na pós-modernidade, a atividade humana irresponsável pode produzir danos em escala global. O acelerado progresso tecnológico e científico, fruto da ação humana, contribui para a melhoria da vida no planeta. Inobstante, as consequências dos avanços tecnocientíficos, por vezes, não são devidamente mensuradas, acarretando incertezas e riscos para a civilização.

No dizer de SCRUTON²¹, “Os problemas relacionados ao meio ambiente parecem estar tão fora de nosso alcance que ficamos à deriva, perdidos entre opiniões e políticas concorrentes, mas sem termos, de fato, um ponto de apoio, exceto nos rastros de nossas preocupações.”

Esses problemas são resultado, em grande parte, de uma perspectiva cartesiana mecanicista e antropocêntrica. O homem tem agido como se fosse proprietário e detentor da natureza, supostamente autorizado a dispor dos recursos ambientais de forma incondicional e ilimitada, alavancando o desenvolvimento econômico, garantindo o lucro, a produção e a acumulação de riquezas.

O individualismo humano tem gerado a recusa em admitir que seu proceder degradante gera danos ambientais em larga escala e para além das fronteiras das nações, afetando globalmente toda a biodiversidade. Insistindo em manter uma relação de apoderamento egoístico da natureza, o ser humano tem encarado os problemas como questões pontuais isoladas, ignorando que elas fazem parte de um todo mais complexo e abrangente, a teia da vida²².

Voltando-se para a sociedade de risco, LEITE e BELCHIOR²³ apontam:

A sociedade de risco, oriunda da pós-modernidade, demanda transformações no estado e no direito de forma a minimizar os impactos da crise ambiental e controlar as dimensões do risco. Se lidar com o risco certo e em potencial, utilizando a expressão de Beck, já era difícil no paradigma anterior, imagina gerir riscos imprevisíveis, em abstrato, em virtude das incertezas científicas.

As cobranças e os compromissos que necessitam ser assumidos para a formação de um mundo melhor devem atingir ao homem em todos os cantos do planeta Terra. “Nenhum projeto de larga escala terá êxito se não estiver enraizado no raciocínio prático de pequena escala”²⁴.

²¹ SCRUTON, Roger. **Filosofia verde**: como pensar seriamente o planeta. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 7.

²² CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eicheemberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 25.

²³ LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In LEITE, José Rubens Morato *et al.* **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

²⁴ SCRUTON, Roger. **Filosofia verde**: como pensar seriamente o planeta, p. 8.

Nesse rumo, um novo paradigma axiológico e princípio jurídico se apresenta como alternativa para que a sociedade global assuma uma postura ativa em prol das mudanças e melhorias necessárias para evitar o colapso. Trata-se da sustentabilidade. BOFF²⁵ discorre a respeito, “Há poucas palavras mais usadas hoje do que o substantivo sustentabilidade e o adjetivo sustentável. Pelos governos, pelas empresas, pela diplomacia e pelos meios de comunicação. É uma etiqueta que se procura colar nos produtos e nos processos de sua confecção para agregar-lhes valor.”

Apesar de ser um tema em evidência, utilizado corriqueiramente pelos mais diversos segmentos sociais, poucos indivíduos reconhecem a sustentabilidade em toda a sua amplitude e dimensão. Frequentemente o conceito de sustentabilidade é limitado às questões ambientais, sobretudo no que diz respeito à preservação dos recursos naturais e equilíbrio ecológico, deixando ao largo outras dimensões.

Tal restrição do conceito não ocorre por acaso. A vinculação da sustentabilidade à temática ambiental se explica na conceituação do tema que ganhou força no ano de 1972, em conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo (Suécia), evento este tido como marco inaugural de uma agenda ambiental mundial. Conforme LAGO²⁶, “[...] a Conferência de Estocolmo constituiu etapa histórica para a evolução do tratamento das questões ligadas ao meio ambiente no plano internacional e também no plano interno de grande número de países”.

Passados vinte anos, o Rio de Janeiro sediou a Conferência ECO-92, dando sequência aos eventos mundiais com temática ambiental. Na oportunidade, não foi fixado um conteúdo jurídico autônomo de sustentabilidade. Houve referência ao desenvolvimento sustentável no princípio 4 da Declaração do Rio, *verbis*: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”²⁷.

De fato, até bem pouco tempo a sustentabilidade possuía, realmente, esta conotação de mero qualificativo para o desenvolvimento na seara do meio ambiente. Falava-se em desenvolvimento sustentável, deixando-se à margem o princípio jurídico-normativo-axiológico de

²⁵ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 9.

²⁶ LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo**. O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas, p. 32. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/3137554/o-brasil-e-as-tres-conferencias-ambientais-das-nacoes-unidas-.html>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

²⁷ Disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>

sustentabilidade hoje estudado pelos operadores jurídicos.

O significado de sustentabilidade é mais amplo e não se limita ao aspecto ambiental. Em verdade, a sustentabilidade é pluridimensional e uma de suas dimensões é a ambiental. BODNAR²⁸ destaca que na Rio+10, realizada em Joanesburgo em 2002, houve uma ampliação do conceito integral de sustentabilidade, agregando-se à perspectiva ecológica outras duas dimensões – social e econômica –, alcançando-se uma extensão global e servindo de parâmetro qualificador de projetos de desenvolvimento tendo como alcance um meio ambiente sadio e equilibrado.

Indo mais além, BODNAR e CRUZ²⁹ preconizam:

A construção de um conceito, necessariamente transdisciplinar, de sustentabilidade é um objetivo complexo e sempre será uma obra inacabada. Isso porque poderá ser melhorada para atender as circunstâncias do caso concreto, o contexto em que está sendo aplicado, bem como o conjunto de variáveis direta ou indiretamente envolvidas. Afinal, trata-se de uma idealidade, algo a ser constantemente buscado e construído como o próprio conceito de justiça. É um conceito aberto, permeável, ideologizado, subjetivo e relacional.

CANOTILHO³⁰, por sua vez, apresenta a sustentabilidade como valor autônomo e princípio norteador dos Estados contemporâneos.

FREITAS³¹ enfatiza a sustentabilidade como princípio constitucional que determina a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento em suas várias acepções, a fim de assegurar o direito ao bem-estar.

Em breves linhas, a evolução do conceito de sustentabilidade consolidou na atualidade uma dimensão que vai além do aspecto ambiental, superando o caráter instrumental que historicamente sempre prevaleceu e que insiste em gerar em alguns indivíduos, ainda hoje, uma falsa impressão monodimensional.

Como explica SOARES JÚNIOR³², o princípio da sustentabilidade tornou-se “[...] o novo paradigma do direito na pós-modernidade, irradiando seu conteúdo em várias dimensões,

²⁸ BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição. **Revista Jurídica CESUMAR – Mestrado**, V. 11, n. 1, p. 325-343. jan./jun. 2011, p. 329.

²⁹ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em: 12 jan. 2015, p. 111.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos; Polytechnical Studies Review**; 2010, Vol. VIII, n. 13, p. 8.

³¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

³² SOARES JÚNIOR, Jair. **A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário**, p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23435/a-realizacao-da-sustentabilidade-multidimensional-como-pressuposto-para-o-atingimento-do-estado-constitucional-solidario/1>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

notadamente no campo ambiental, econômico e social”.

CAPRA³³ aponta para uma mudança necessária:

Enquanto que o velho paradigma está baseado em valores antropocêntricos (centralizados no ser humano), a ecologia profunda está alicerçada em valores ecocêntricos (centralizados na Terra). É uma visão de mundo que reconhece o valor inerente da vida não-humana. Todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependências. Quando essa percepção ecológica profunda torna-se parte de nossa consciência cotidiana, emerge um sistema de ética radicalmente novo.

A sustentabilidade não se restringe às condições para o crescimento econômico – desenvolvimento sustentável. Configura, em verdade, um conceito valorativo autônomo e princípio norteador, dissociado da expressão desenvolvimento, voltado não só para o aspecto ambiental, mas também para o social e o econômico, irradiando-se sobre todo o ordenamento jurídico.

Gabriel Real FERRER³⁴, pensando no conceito de sustentabilidade separado do elemento desenvolvimento, explica:

Recapitulando en esta dicotomía, en la noción de Desarrollo Sostenible, la sostenibilidad opera negativamente, se entiende como un límite: hay que desarrollarse (lo que implica conceptualmente crecer) pero de una determinada manera. Sin embargo, la Sostenibilidad es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo. Sin prejuzgar si debe o no haber desarrollo (crecimiento), ni donde sí o donde no [...]. El paradigma de la sostenibilidad consiste en la búsqueda de una sociedad global capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo, en las condiciones globales de la dignidad.

Corroborando tal ensinança, BODNAR e CRUZ³⁵ conceituam sustentabilidade:

[...] pode-se entender a sustentabilidade como um imperativo ético tridimensional que deve ser implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com a natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e dos elementos abióticos que lhe dão sustentação. A possibilidade desse novo paradigma [...] deve operar de forma intransigente com o direito à vida, atuar de forma dúctil e flexível na implementação dialética de outros bens e valores da comunidade e induzir condutas positivas, empreendidas em prol da melhora

³³ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão dos sistemas vivos, p. 28.

³⁴ FERRER, Gabriel Real. Texto fornecido pelo autor na Universidade de Alicante/Espanha na disciplina denominada “Sostenibilidad tecnológica”, cursada naquela universidade no dia 08 de maio de 2014. “Recapitulando essa dicotomia, na noção de desenvolvimento sustentável, a sustentabilidade opera negativamente; se entende como um limite: há que se desenvolver (o que implica conceitualmente crescer), porém de uma determinada maneira. Sem embargo, a Sustentabilidade é uma noção positiva e altamente pró-ativa que supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária, constituída pela Humanidade, seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo. Independentemente se deve ou não haver desenvolvimento (crescimento), ou onde ele deve ou não existir”. E: “O paradigma da sustentabilidade consiste na busca de uma sociedade global capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo em condições globais de dignidade” (tradução livre dos autores do presente artigo científico).

³⁵ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**, p. 54.

continua da qualidade de vida em todas as suas dimensões, inclusive em benefício das futuras gerações.

A sustentabilidade, portanto, relaciona-se com o equilíbrio necessário entre a satisfação de necessidades presentes dos indivíduos e grupos sociais e a viabilidade de existência das gerações futuras; é princípio e valor multidisciplinar que contribui para a formação de uma sociedade global que não caminha para o colapso, mas sim capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo. É garantia da manutenção da vida, uma questão existencial.

Como valor, a sustentabilidade influencia no pensar, no agir humano quanto aos atos que interferem na natureza e seus recursos. Este paradigma busca uma sensibilização globalizada e transnacional, ultrapassando fronteiras para favorecer e instigar entre as pessoas e os povos novas práticas e atitudes visando à sobrevivência da geração futura. Integra, portanto, viabilidade econômica, prudência ecológica e justiça social (dimensões econômica, ambiental e social).

Indo mais além, numa perspectiva jurídico-constitucional, FREITAS³⁶ aponta para a sustentabilidade como “[...] princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras”.

O conceito de sustentabilidade, repisa-se, não fica circunscrito à ciência do direito, porquanto multidisciplinar. Todavia, inserir a sustentabilidade na órbita jurídica é uma necessidade, pois o direito, como ciência, possui instrumentos socialmente eficazes para realizar e produzir a sustentabilidade em suas dimensões.

No dizer de GRAU³⁷, “[...] o direito é uma arena em que se joga a luta social”. E nas palavras de LEITE e BELCHIOR³⁸, “[...] o direito é, pois, o discurso que legitima o papel do estado”.

Nesse viés, a dimensão ambiental da sustentabilidade volta-se justamente para a preservação do meio ambiente, não mais sob uma concepção individualista, mas por um conceito transindividual. “Quer-se aludir, com a dimensão propriamente ambiental da sustentabilidade, ao direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os aspectos”³⁹.

³⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 50.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149.

³⁸ LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória, p. 19.

³⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 64.

A propósito, o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁰ destaca a necessidade de preservação do meio ambiente não só para a geração presente, mas também para as futuras gerações.

A dimensão social da sustentabilidade, por seu turno, aponta para o incentivo às políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais. É preciso respeitar o ser humano, para que este, por via de consequência, respeite a natureza e o uso equilibrado dos recursos naturais. FREITAS⁴¹ lembra que “[...] não se admite o modelo do desenvolvimento excludente e iníquo”, destacando que “[...] na dimensão social da sustentabilidade abrigam-se os direitos fundamentais sociais”.

Por fim, a dimensão econômica da sustentabilidade tem por consciência a finitude dos recursos naturais e, por conseguinte, a sua preservação a fim de permitir para as gerações presentes e futuras as condições ideais para satisfação das suas necessidades e a própria sobrevivência. Evoca, conforme FREITAS⁴², “[...] o sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos e privados), dos benefícios e dos custos diretos e indiretos (externalidades)”. E, continuando, assevera que “[...] o consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente, numa alteração inescapável do estilo de vida”, de modo que “[...] a natureza não pode ser vista como simples capital e a regulação estatal se faz impositiva para coibir o desvio comum dos adeptos do fundamentalismo voraz de mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural”.

A sustentabilidade – nas dimensões ambiental, social e econômica – deve nortear o pensamento na pós-modernidade, fixando-se como novo paradigma axiológico e princípio jurídico que se apresenta como alternativa para a salvaguarda dos indivíduos e perpetuação da espécie em uma sociedade de risco, cujos perigos são inevitáveis e os danos incontáveis.

Para instrumentalizar o paradigma da sustentabilidade, necessária a utilização de ferramental jurídico capaz de regular e modular o desenvolvimento humano. Importante alcançar harmonia e equilíbrio entre o consumo e a produção, entre riqueza e pobreza, entre custos e benefícios, entre qualidade e finitude da vida.

⁴⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.).

⁴¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 58-59.

⁴² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 65-66.

A pós-modernidade necessita ser sustentável. Será possível?

3. PÓS-MODERNIDADE INSUSTENTÁVEL?

Em “Os Dados Estão Lançados”, SARTRE⁴³ situa Pierre e Eve em dois mundos, um real, outro metafísico. No etéreo, pouco importam as diferenças do casal, que são de classe, de cultura, de personalidade, de hábitos. É no âmbito da realidade que as dissonâncias gritam. Não existem seres, ciências, religiões, institutos, enfim, ideias que resistam às imposições do concreto.

Está condenada ao fracasso qualquer tentativa de abordar seriamente a sustentabilidade – não bastasse sua amplitude conceitual, não unívoca – sem ao menos a situarmos em nosso tempo, dito pós-moderno. Precisamos compreender as linhas-mestras da modernidade reflexiva para que o sustentável seja mais do que um puído jargão acadêmico. E tudo isso, lembremos, sob o poderoso marco histórico da globalização, a respeito da qual BOURDIEU⁴⁴ é tão cáustico:

[...] a globalização não é uma homogeneização, mas, ao contrário, é a extensão do domínio de um pequeno número de nações dominantes sobre o conjunto das praças financeiras nacionais. Daí resulta uma redefinição parcial da divisão do trabalho internacional, cujas consequências atingem os trabalhadores europeus, por exemplo ao transferir capitais e indústrias para os países de mão-de-obra barata. Esse mercado do capital internacional tende a reduzir a autonomia dos mercados do capital nacional e, particularmente, a proibir a manipulação, pelos Estados nacionais, das taxas de câmbio, das taxas de juros, que são cada vez mais determinadas por um poder concentrado nas mãos de um pequeno número de países.

Questões das mais diversas têm absoluta pertinência com o tema: da conformação de uma sociedade de consumidores à tecnocracia vigente; da redução do poder político do Estado à potencialização do individualismo; da revolução da informática à economia agroexportadora; do soberanismo ao transnacionalismo; do exaurimento das utopias da modernidade pesada à importância crescente dos meios de comunicação como produtores de hiperrealidade.

Ao instar à conciliação entre soberania territorial e sustentabilidade ecológica, BOSSELMANN⁴⁵ adverte:

As consequências do atual sistema antropocêntrico, centrado no estado, para a qualidade da proteção do ambiente são graves e de longo alcance. O foco na soberania territorial leva a uma dominação dos

⁴³ SARTRE, Jean-Paul. **Os Dados estão lançados**. Tradução de Lucy Risso Moreira Cesar. 2.ed. Campinas: Papirus, 1995.

⁴⁴ BORDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 54.

⁴⁵ BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015, p. 202.

países pobres pelos ricos, dos interesses de hoje sobre os de amanhã e das necessidades humanas sobre as necessidades ambientais. Esta “lógica de autoexterminio” está fadada ao fracasso e deve ser substituída por uma lógica diferente.

Mas mesmo que concordemos ser imprescindível a alteração de rumos, somos sempre atormentados pelo duro diagnóstico de BAUMAN⁴⁶, em seu “Globalização: consequência humanas”, escrito ainda no século passado:

[...] o mundo não parece mais uma totalidade e, sim, um campo de forças dispersas e díspares, que se reúnem em ponto difíceis de prever e ganham impulso sem que ninguém saiba realmente como pará-las.

Em poucas palavras: ninguém parece estar no controle agora.

O sociólogo polonês que nos privou de sua engenhosidade em janeiro deste vacilante e líquido 2017, disserta, em “Confiança e medo na cidade”, sobre a substituição da solidariedade pela competição e o sentimento de abandono de indivíduos deixados à própria sorte, com seus recursos insignificantes. É o insustentável da modernidade avançada manifestando-se como criadouro do que o intelectual intitula *underclass*:

[...] gente que não se soma a qualquer categoria social legítima, indivíduos que ficaram fora das classes, que não desempenham alguma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis, ou melhor, indispensáveis, em geral realizadas pelos membros “normais” da sociedade; gente que não contribui para a vida social. A sociedade abriria mão deles de bom grado e teria tudo a ganhar se o fizesse.⁴⁷

Em outra obra – “Estranhos à nossa porta” –, o estudioso polonês, com lucidez e boa dose de realidade, destaca a frieza e a indiferença dos homens, que leva à cegueira moral:

Crianças afogadas, muros apressadamente erguidos, cercas de arame farpado, campos de concentração superlotados e competindo entre si para acrescentar o insulto de tratarem os migrantes como batatas quentes às injúrias do exílio, de escapar por pouco dos perigos enervantes da viagem rumo à segurança – todas essas ofensas morais cada vez são menos notícia e aparecem com menor frequência “no noticiário”. Infelizmente, o destino dos choques é transformar-se na rotina tediosa da normalidade – e o dos pânico é desgastar-se e desaparecer da vista e das consciências, envoltos no véu do esquecimento.⁴⁸

Há uma espécie de desordem mundial nessa quadra histórica, marcada por movimentos rápidos, quase incontrolláveis. As transferências de indústrias altamente poluidoras para as regiões mais pobres do globo, que são também as dotadas de menor estrutura de regulação e proteção ambiental, longe de serem episódicas, são uma face da segunda modernidade. E tão logo se

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 66.

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 24.

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 8.

desenvolve um rudimentar aparato protetivo, há um novo movimento em direção a algum outro território ainda mais ausente de Estado e de organização. Um exemplo disso é a conhecida prática de locação de espaços em países periféricos para armazenamento de materiais tóxicos.

Essa sensação de sermos centrifugados pela realidade foi bem captada por BRAVO⁴⁹ em sua primorosa dissecação da carta encíclica *Laudatio Si*, firmada pelo Papa Francisco e dedicada ao “cuidado da casa comum”.

O professor da universidade de Sevilha brinda-nos com comentários tão críticos quanto sensíveis:

Nos encontramos ante nuevos modelos sociales, nuevas formas de relacionarnos que determinan la forma en que percibimos e interactuamos con el planeta y con nuestros semejantes.

Ahora bien, no todos los avances tecnológicos suponen un avance en la titularidad y el ejercicio de los derechos, en la solidaridad, en la consecución de un mundo mejor.

Como señaló premonitoriamente Pérez Luño, el progreso tecnológico no puede considerarse de manera ideal, pues junto a innegables progresos y mejoras, ha puesto en evidencia fenómenos de agresión a los derechos y libertades de los ciudadanos⁵⁰.

O pensador hispalense prossegue na demolição da mediocridade do senso comum economicista:

La preocupación se centra por tanto, en la doble manifestación de una visión tecnocrática unidimensional, homogeneizante y acrítica que asume la tecnología como un elemento indispensable para el crecimiento, que hay que asumir asépticamente; y un sistema económico basado solo en el rédito inmediato, en el uso sin límites, en el derroche, que tiene en la tecnología el nuevo golem que garantizará su éxito en los mercados^{51 52}.

Estão nesse mosaico o domínio tecnocrático; o imediatismo; o desinteresse pelos mais fracos, porque não rentáveis e/ou produtivos; os conhecimentos estanques, compartimentados e

⁴⁹ BRAVO, Álvaro Sánchez. Crisis ambiental y casa común: una interpretación del medio ambiente a la luz de la encíclica *laudatio si*. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso (Coord.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

⁵⁰ BRAVO, Álvaro Sánchez. Crisis ambiental y casa común: una interpretación del medio ambiente a la luz de la encíclica *laudatio si*, p. 331.

⁵¹ BRAVO, Álvaro Sánchez. Crisis ambiental y casa común: una interpretación del medio ambiente a la luz de la encíclica *laudatio si*, p. 332.

⁵² BRAVO, Álvaro Sánchez. “Nos encontramos diante de novos modelos sociais, novas formas de relacionarmos que determinam a forma como percebemos e interagimos com o planeta e nossos semelhantes. No entanto, nem todos os avanços tecnológicos pressupõe um avanço na titularidade e no exercício dos direitos, na solidariedade, na conquista de um mundo melhor. Como Perez Luño salientou, o progresso tecnológico não pode ser considerado de maneira ideal, pois, juntamente com progressos e melhorias inegáveis, colocou em evidência fenômenos de agressão aos direitos e liberdades dos cidadãos”. E: “A preocupação é, portanto, centrada na dupla manifestação de uma visão tecnocrática unidimensional, homogeneizadora e acrítica que a tecnologia assume como elemento essencial para o crescimento, que deve ser assépticamente assumido; e um sistema econômico baseado apenas em receita imediata, em uso ilimitado, em resíduos, que tem na tecnologia o novo *golem* que garantirá seu sucesso nos mercados” (tradução livre dos autores do presente artigo científico).

míopes; o antropocentrismo doentio, em que o *eu* autocentrado é o mundo miniaturizado; a cultura do descartável, dos objetos às relações pessoais; a crise ética, à maneira de uma implosão do ser humano e da sociedade; e a emergência de uma governança global, não como um opressivo poder de império exercido pelos países hegemônicos, mas como coeso aparato transnacional de proteção dos bens comuns.

A encíclica papal, em seus duzentos e quarenta e seis tópicos, é plena de beleza e lucidez, a justificar a reprodução de seu item 190:

[...] sempre se deve recordar que a proteção ambiental não pode ser assegurada somente com base no cálculo financeiro de custos e benefícios. O ambiente é um dos bens que os mecanismos de mercado não estão aptos a defender ou a promover adequadamente. Mais uma vez repito que convém evitar uma concepção mágica do mercado, que tende a pensar que os problemas se resolvem apenas com o crescimento dos lucros das empresas ou dos indivíduos. Será realista esperar que quem está obcecado com a maximização dos lucros se detenha a considerar os efeitos ambientais que deixará às próximas gerações? Dentro do esquema do ganho não há lugar para pensar nos ritmos da natureza, nos seus tempos de degradação e regeneração, e na complexidade dos ecossistemas que podem ser gravemente alterados pela intervenção humana. Além disso, quando se fala de biodiversidade, no máximo pensa-se nela como um reservatório de recursos econômicos que poderia ser explorado, mas não se considera seriamente o valor real das coisas, o seu significado para as pessoas e as culturas, os interesses e as necessidades dos pobres.⁵³

De certo modo, é inevitável suspeitar – para dizer o mínimo – da possibilidade de compatibilização da sustentabilidade com os hábitos e notas característicos da sociedade pós-moderna. A insistência nas soluções individualistas, consumistas e economicistas não nos dá prognósticos animadores.

É claro que essa ideia acinzentada é irrelevante aos que medem o bem-estar social pela quantidade de riquezas produzidas, aos que brandem indicadores como o PIB *per capita* como certificados de felicidade, confortavelmente alheios a questões distributivas ou, ainda, aos que confundem por conveniência qualquer tentativa de refrear o poder destrutivo da contemporaneidade com um delirante movimento de volta às cavernas, ao estado de natureza.

Mas se as crises da atualidade são múltiplas, uma delas a ética, é ingenuidade depositar esperanças na honestidade das análises predominantes ao grande público, há muito reduzidas a artifícios retóricos justificadores da mesma via, como se fosse outra, um cínico ladrilhar da estrada

⁵³ FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica *Laudatio Si* do Santo Padre Francisco sobre o cuidado com a casa comum**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em: 16 set. 2017.

que sempre levará ao mesmo destino.

Enfim, em que pese as breves linhas deste texto caminhem para um desfecho de desânimo, não se pode perder a esperança. Para tanto, como mensagem de superação neste cenário de pós-modernidade desgrudada dos conceitos de sustentabilidade, volta-se novamente o olhar para a recomendação prudente de BAUMAN⁵⁴, que vê na capacidade de diálogo a oportunidade para a convivência pacífica e um longo viver: “[...] a conversa continuará sendo o caminho supremo para um acordo e, assim, para uma convivência pacífica e mutuamente benéfica, colaborativa e solidária, simplesmente porque não tem concorrentes, nem, portanto, uma alternativa viável.”.

Que se possa ter a capacidade de aprender e evoluir coletivamente. Os valores da sustentabilidade podem auxiliar, neste momento pós-moderno, para a perpetuação de uma humanidade solidária, capaz de compartilhar as maravilhas e riquezas do planeta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida na pós-modernidade, permeada de incertezas e ameaças decorrentes basicamente dos avanços tecnocientíficos e da postura individualista e consumista do homem, exige de cada um de nós uma postura reflexiva, cautelosa e solidária.

O desenvolvimento da humanidade tem encontrado barreiras ao se deparar com limites. A exploração dos recursos naturais se deu de forma desenfreada até que o homem percebeu que tais recursos são limitados. Água, petróleo, gás natural, entre outros recursos; todos são finitos. Da mesma forma, a atividade industrial poluidora deixou de ser desenfreada quando se passou a falar em aquecimento global, degelo das calotas polares etc. Vivemos dias de terremotos, furacões e de premente guerra.

O homem, indiferente a tudo, continua a testar os seus limites e, por conseguinte, os limites do planeta. Enquanto não se vislumbram prejuízos ou danos, o homem segue na sua empreitada em busca de ganhos econômicos a qualquer custo. O cenário de risco nos obriga a buscar novos referenciais capazes de nos moldar ao viver pós-moderno.

Na atualidade um novo paradigma se apresenta. Fala-se em sustentabilidade como novo valor e também princípio jurídico. Suas dimensões social, econômica e ambiental merecem atenção

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**, p. 114.

pois indicam nova mentalidade para o viver pós-moderno, fomentando o investimento permanente em meios mais eficientes e menos poluentes de produção, bem como indica o aumento da produtividade como consequência do uso mais eficiente de matérias primas e recursos naturais.

A pós-modernidade precisa ser sustentável e somente com uma nova mentalidade, com mudança nos modos de pensar e agir, mediante o diálogo entre indivíduos e povos, faz-se possível ansiar dias melhores.

Espera-se, com o presente texto, o qual não possui a pretensão de esgotar-se em si mesmo, que um novo estímulo seja introjetado nos operadores jurídicos, permitindo-se uma maior reverência à sustentabilidade como princípio norteador do direito e fixando-se no momento atual dito pós-moderno importante paradigma capaz de fomentar nas gerações presentes e futuras a consciência para o trato com o planeta, contribuindo-se para o alcance de uma sociedade global livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição. **Revista Jurídica CESUMAR – Mestrado**, V. 11, n, 1, p. 325-343. jan./jun. 2011.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.**

Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é.** 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

BOFF, Leonardo. **A grande transformação: na economia, na política e na ecologia.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

BORDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal.** Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015.

BRAVO, Álvaro Sánchez. Crisis ambiental y casa común: una interpretación del medio ambiente a la luz de la encíclica *laudatio si*. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso (Coord.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 49 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos; Polytechnical Studies Review;** 2010, Vol. VIII, n. 13.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos.** Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet.** 2. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica *Laudatio Si* do Santo Padre Francisco sobre o cuidado com a casa comum.** Disponível em:

http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em: 16 set. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo**. O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/documento/3137554/o-brasil-e-as-tres-conferencias-ambientais-das-nacoes-unidas-.html>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In LEITE, José Rubens Morato *et al.* **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 13-54.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Luís Filipe Sarmiento. Lisboa: Edições 70, 2015.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Eu não vim fazer um discurso**. São Paulo: Record, 2011.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Tradução de Paulo Neves. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1995.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SARAMAGO, José. **A Caverna**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SARTRE, Jean-Paul. **Os Dados estão lançados**. Tradução de Lucy Risso Moreira Cesar. 2.ed. Campinas: Papirus, 1995.

SCRUTON, Roger. **Filosofia verde: como pensar seriamente o planeta**. São Paulo: É Realizações, 2016.

SOARES JÚNIOR, Jair. **A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23435/a-realizacao-da-sustentabilidade-multidimensional-como-pressuposto-para-o-atingimento-do-estado-constitucional-solidario/1>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

ECOLOGIA E ESTADO DE DIREITO DO AMBIENTE

Marcus Alexsander Dexheimer¹

INTRODUÇÃO

A existência do Estado é justificada para assegurar a proteção de um certo núcleo mínimo de direitos ao ser humano, os direitos fundamentais. Esse conjunto de direitos evoluiu paulatinamente ao longo do tempo e, atualmente, diante da flagrante situação de vulnerabilidade ambiental, abrange o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Esse direito só foi recentemente compreendido como fundamental porque é contemporânea a consciência de que o ser humano possui seu modo de vida comprometido e sua própria sobrevivência ameaçada a longo prazo em razão da fragilidade ambiental planetária.

Exige-se, nesse contexto, um Estado que, na perspectiva ambiental, suporte o delicado equilíbrio entre assegurar a plena eficácia dos direitos encartados na Constituição e a garantia de que as futuras gerações também terão acesso a bens da vida essenciais à dignidade da pessoa humana.

Nesse panorama é que se elegeu o tema do presente trabalho, estabelecendo-se a hipótese de que a evolução da teoria da ecologia influencia na construção de um Estado apto a fazer frente às atuais demandas de natureza ambiental.

O artigo foi estruturado em três itens, sendo que os dois primeiros objetivam analisar a influência da ecologia profunda e da ecologia política sobre o Direito Ambiental, culminando no nascimento de uma concepção jurídica não propriamente biocêntrica, mas antropocêntrica alargada. O terceiro e último, por sua vez, evidencia que a teoria da ecologia – e por conseguinte o Direito Ambiental – acaba por influenciar a estruturação do Estado contemporâneo, o Estado de Direito do Ambiente.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Brasil) e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), em regime de dupla titulação com a Universidad de Alicante (Espanha). Juiz de Direito no Poder Judiciário de Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: marcus.dexheimer@tjsc.jus.br

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se o método de abordagem indutivo e o método de procedimento bibliográfico, empregando-se a técnica de pesquisa de documentação indireta.

1. ECOLOGIA E ECOLOGIA POLÍTICA

O ser humano vive com os seus semelhantes uma relação de convivência, de dependência e de conflito, contradição essa inerente à sua natureza gregária. Esses conflitos, que o direito busca regular, multiplicam-se e tornam-se mais complexos à medida que a sociedade se transforma. Além disso, o homem não trava relações somente com seus semelhantes, mas também se relaciona com o ambiente em que está inserido, estabelecendo conexões nem sempre reguláveis pelos ramos tradicionais do Direito.

Mas não é somente o conflito que se modifica qualitativa e quantitativamente. É a própria visão que o homem tem do conflito que também muda, tal como se modifica a concepção que o ser humano tem de si mesmo em relação ao universo. São diversas as ciências que proporcionam ferramentas para que esse exercício de autoconhecimento seja lapidado.

Uma delas é a ecologia, que exerce papel importante na compreensão de que

a Terra não é a adição de um planeta físico, mais a biosfera, mais a humanidade. A Terra é uma totalidade complexa física/biológica/antropológica, na qual a vida é uma emergência da história da Terra e o homem uma emergência da história da vida terrestre. A relação do homem com a natureza não pode ser concebida de forma redutora nem de forma separada².

Segundo Capra³,

quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes. [...] esses problemas precisam ser vistos, exatamente, como diferentes facetas de uma única crise, que é, em grande medida, uma crise de percepção.

No presente estudo, que vai procurar inter-relacionar ecologia e direito no contexto contemporâneo, é preciso ressaltar, de antemão, que a atual situação de alta vulnerabilidade ambiental não resulta do acaso, mas de uma postura do homem em relação ao ambiente.

Também é certo, por outro lado, que a preocupação ecológica constitui-se em fenômeno

² MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995. p. 167.

³ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 23.

relativamente recente, decorrente do cenário contemporâneo (identificado a partir da segunda metade do século XX) de esgotamento de recursos naturais, processo este que foi alavancado pela Revolução Industrial e culminado pela proliferação da sociedade de consumo.

A própria consciência ambiental, portanto, já surge antropocêntrica: as preocupações e concepções ecológicas só ganham fôlego com a ameaça de que a finitude de certos recursos representa um perigo ao modo de vida do ser humano.

De todo modo, não se pode negar que isso tudo resulta de uma postura de dominação do ser humano para com o mundo natural, “consolidada pela ciência moderna de inspiração cartesiana”⁴.

Hoje, contudo, essa posição fragmentada entre homem e natureza não mais se sustenta, tendo em vista que o atual estágio de desenvolvimento científico e de disseminação tecnológica requer um novo parâmetro ético, capaz de romper com o antropocentrismo clássico⁵. Isso não significa, contudo, que o mundo é capaz de convergir de um extremo a outro, rumando a uma prática associada a ideias ecológicas radicais, mas que é possível condicionar a abordagem antropocêntrica a novos valores, de caráter mais holístico e menos fragmentário.

Para chegar a esse resultado, porém, há que se analisar dois aspectos inicialmente: a) surgimento da ecologia profunda como resposta à concepção clássica da relação homem-natureza; b) a ecologia política como ideal subjacente ao pensamento jurídico-político.

O termo ecologia foi cunhado em 1866 por Ernst Heinrich Hayek, biólogo e médico alemão, e pode ela ser entendida como a ciência que estuda as relações dos seres vivos entre si e com o seu meio físico⁶. Mas, em que pese essa definição inicial de caráter mais purista, a ecologia foi gradativamente criando vínculos com outros ramos da ciência, galgando novos parâmetros científicos e – ao superar os âmbitos restritos da visão de Hayek – tem sido pensada atualmente em uma concepção holística, “em que as relações no interior do ecossistema planetário são fortemente perturbadas pela espécie humana em detrimento do equilíbrio de toda a terra”⁷.

A expressão, contudo, ganhou novos contornos e novas acepções no decorrer do século XX,

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 117.

⁶ MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 130.

⁷ MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. p. 131.

culminando, por exemplo, na dimensão proposta por Félix Guattari, que não se satisfaz com o viés meramente ambiental, mas inclui também no pensamento ecológico as dimensões social e mental. À articulação desses três registros fundamentais da ecologia (meio ambiente, relações sociais e subjetividade humana) Guattari atribui a denominação *ecosofia*⁸.

Dentre as diversas concepções de ecologia que se desenvolveram, merece destaque a *Ecologia Profunda*, termo criado em 1973 por Arne Naess. Naess propôs uma nova abordagem ética para a questão ecológica, indicando que ser humano e natureza compõem uma mesma “comunidade moral”⁹. Essencialmente biocêntrica, essa visão é de difícil apropriação pelo Direito (um produto social e antropocêntrico por essência), mas serve de inspiração para suplantar a concepção antropocêntrica clássica.

Sobre o surgimento da ecologia profunda, Capra¹⁰, defensor de uma nova concepção da relação entre homem e natureza, afirma:

A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de ‘uso’, à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida.

Menos inclinado a tal visão de mundo, Ost¹¹ assim a descreve:

[...] alguns defendem hoje uma inversão completa de perspectiva: não é a terra que pertence ao homem, é o homem que, pelo contrário, pertence à terra, como acreditavam os antigos. Esta tomada de consciência, que se reclama de *deep ecology* (ecologia radical) por oposição à *shallow ecology* (ou ambientalismo reformista), alimenta-se de um impulso romântico extraordinário de retorno à natureza, verdadeiro paraíso perdido, tão depressa adornado de todas as seduções da virgindade como da majestuosidade do sagrado. À relação científica e manipuladora com a matéria, que é uma relação de distanciamento e de objetivação, substituiu-se uma atitude fusora de osmose – simultaneamente culto da vida e canto poético, naturalização do corpo e personalização da natureza. É assim reativada a mais antiga e mais poderosa de todas as fantasias: o desejo de retorno às origens.

Em seguida, Ost ressalta que esta concepção desencadeará em um regime jurídico que, por exemplo, atribui personalidade à natureza, com a substituição do modelo natureza-objeto para o

⁸ GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. 12. ed. Campinas: Papirus, 2001. p. 8.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 128-129.

¹⁰ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. p. 25-26.

¹¹ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995. p. 13.

modelo natureza-sujeito¹².

Mas Ost traça críticas a este “retorno das coisas” pretendido pela *deep ecology*, afirmando que “a única maneira de fazer justiça a um (o homem) e a outra (a natureza) é afirmar simultaneamente a sua semelhança e a sua diferença”¹³. Acusando tanto naturalismo como antropomorfismo como modelos equivocados de pensamento, defende que “homem e natureza têm um vínculo, sem que, no entanto, se possam reduzir um ao outro”¹⁴.

E prossegue:

A esta relação, propriedade emergente da ligação homem-natureza, chamamos ‘meio’. Eis o nosso híbrido, quase objeto ou quase sujeito, como se queira, que determinará os vínculos e traçará os limites. Já não se trata aqui de pensar em termos de ‘ambiente’ (natureza-objeto: o homem no centro, rodeado por um reservatório natural, talhável e avassalável à discrição), nem tampouco em termos de ‘natureza’ (natureza-sujeito: no seio da qual o homem é imerso, sem que lhe seja reconhecida qualquer especificidade).¹⁵

E, finalmente, transpondo essa concepção híbrida para o jurídico, Ost defende:

E temos, então, por sua vez, o jurista mobilizado, intimado a imaginar as condições normativas deste meio justo: o que Reeves designa como uma ‘legislação da complexidade’; não apenas um simples direito do ambiente (inscrito na perspectiva da natureza-objeto salda-se necessariamente em prejuízo), mas uma ‘ecologização do direito’ que ultrapassa os dualismos clássicos sem cair, no entanto, no confucionismo da *deep ecology*.¹⁶

Além disso, em torno da ideia de ecologia jurídica gravitam outras acepções ecológicas que em determinados aspectos contêm elementos de maior grau de radicalismo, por assim dizer.

É o caso, por exemplo, da teoria da “libertação animal”, de Peter Singer, cujo foco volta-se para a “condição moral dos animais não humanos, afirmando que o princípio ético sobre o qual assenta a igualdade humana nos obriga a ter igual consideração para com os animais não humanos”¹⁷.

Segundo Singer, existe uma “tirania dos animais humanos sobre os animais não humanos” e que estes deveriam ser tratados como seres “sencientes” e independentes, e não como mero meio

¹² OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 14-15.

¹³ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 16.

¹⁴ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 16.

¹⁵ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 18.

¹⁶ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 19.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 133.

para os seres humanos, eliminando o que chama de “especismo”¹⁸.

Tal como a ecologia profunda, a teoria da libertação animal não é capaz de propor uma adequada proposta de interação do ser humano com o mundo no qual está inserido, mas tem o potencial de provocar a releitura de certas concepções e atitudes, tal como concluem Sarlet e Fensterseifer¹⁹:

[...] ainda que não seja o caso de assumir como corretas todas as suas formulações (o que aqui convém enfatizar!), nos fazem pelo menos repensar a justificativa moral para a ação humana, o que passa pela reformulação, em maior ou menor escala, dos nossos hábitos alimentares, pelo aperfeiçoamento dos métodos agrícolas e pecuários utilizados, assim como pela revisão das práticas experimentais no campo científico. [...] A consagração de um status moral dos animais sensitivos não humanos, que passam, nesse sentido, a integrar uma comunidade moral partilhada com os seres humanos, constitui certamente um possível fundamento para o reconhecimento da *dignidade do animal não humano*.

Ainda nessa linha mais próxima à ecologia profunda, pode-se citar Michel Serres, que propõe o *contrato natural*, sustentando que “o ser humano abandone a sua condição de dominador e ‘parasita’ em relação ao mundo natural e assuma em face deste uma postura caracterizada pela reciprocidade na relação entre ser humano e ambiente, ou seja, aquilo que a Natureza dá ao homem é o que este deve dar a ela, tornando-a, de certo modo, sujeito de direito”²⁰.

A par de todas essas concepções – algumas com raízes mais fincadas em um certo radicalismo ainda pouco maduro para uma plena aceitação científica e social –, releva compreender que a ecologia não se resume ao estudo de elementos naturais ou de uma análise “objetiva” homem-natureza, mas uma ideia que atinge e redimensiona o pensamento social, político e jurídico contemporâneo, justamente por questionar a posição do homem no mundo.

Assim, do presente trabalho não pode escapar a análise da ecologia política, que, segundo Garrido Peña, pode ser compreendida sob três perspectivas: a) como política ecológica; b) como um subsistema da Ecologia Humana ou Social; e c) como uma nova “ideologia política”²¹.

Já para Serrano Moreno, a ecologia política pode ser concebida como: a) expressão política de uma nova cosmovisão, um novo olhar sobre a política do ponto de vista da nova ontologia ecológica; b) ecologia política como ecologia jurídica, expressando uma teoria da complexidade do

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 133.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 135.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 136.

²¹ GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. *Introducción a la ecología política*. Granada: Comares, 1993. p. 1-4.

sistema jurídico, representativo de um novo olhar sobre a Teoria Geral do Direito; c) ecologia política como filosofia política própria dos movimentos alternativos ecológicos²².

Garrido Peña²³ ainda ressalta que a junção dos termos ecologia e política nada tem a ver com uma objetivação da política:

La Ecología Política no es la ciencia política dirigida por la biología, la climatología, la etología o la geografía física. Eso sería el cumplimiento del sueño mecanicista-determinista: el control y dominio por medio de la racionalidad técnico-instrumental de aquello que ha sido visto como lo indomable, como el ultimo reducto de lo azaroso e indeterminado: la política.

E adiante reforça a concepção de ecologia política como ideia a exercer influência sobre os diversos ramos do conhecimento humanístico, mas sem jamais se arvorar a profetizar soluções prontas para os conflitos contemporâneos:

Que la Ecología Política no sea una ciencia no significa que sea el 'nuevo dogma' de una 'nova iglesia'; es decir, que sea pura apologética. [...] La Ecología Política no nos dice qué debemos y que no debemos hacer, creer o querer. No es un método técnico, ni un recetario de consejos, ni una casuística moral o jurídica. Es un horizonte nuevo de interpretación que permite ver lo mismo, pero de distinta forma.²⁴

Nessa esteira de que a ecologia política atue como parâmetro de interpretação para o social, o político e o jurídico, é que se articula uma dimensão ecológica para a dignidade da pessoa humana.

Tocante a essa concepção contemporânea da dignidade humana, Sarlet e Fensterseifer sustentam:

Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formataram o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente do direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, passam a conformar o seu conteúdo, ampliando o seu âmbito de proteção.²⁵

Assim, a partir de uma readequação de um instituto jurídico a partir de uma diferente lente ecológica, vê-se como as duas ciências – Ecologia e Direito – estão umbilicalmente relacionadas. Havendo um ramo específico no conhecimento do Direito para o estudo da regulamentação da relação entre homem e natureza, há que se analisar como o Direito Ambiental responde às diferentes correntes do pensamento ecológico.

²² SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología, estado de derecho y democracia*. In: GARRIDO PENA, Francisco. *Introducción a la ecología política*. Granada: Comares, 1993. p. 33-35.

²³ GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. *Introducción a la ecología política*. p. 3.

²⁴ GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. *Introducción a la ecología política*. p. 3.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 109.

2. DIREITO AMBIENTAL: CONCEPÇÃO ANTROPOCÊNTRICA ALARGADA

Antes de esclarecer a respeito dessa distinção, é necessário registrar que, apesar de a temática ambiental ser atualmente uma constante e o tema ecologia estar sempre presente no discurso político, ainda não é percebida por todos a grandeza da dimensão dos danos ambientais, que, por serem irreversíveis, intergeracionais, transnacionais e transindividuais, nem sempre se amoldam aos contornos tradicionalmente traçados pelo ordenamento jurídico. A respeito, precisa a conclusão de Ost²⁶:

Nesta óptica, os juristas, por exemplo, não estão muito inclinados a considerar que os danos causados à natureza não são irreversíveis, nem necessitam de qualquer intervenção urgente: não se diz que, passado algum tempo, a natureza retoma os seus direitos? Apercebemo-nos contudo, hoje, de quanto esta imagem é enganadora: as intervenções humanas, que são cada vez mais maciças e mais concentradas no tempo, interrompem os ciclos naturais e, pelos seus efeitos cumulativos, aproximam-nos dos limiares da irreversibilidade. A desflorestação sistemática é um exemplo entre tantos outros: praticando sem discriminação golpes a sangue-frio, expomos a reduzida camada de solo fértil à erosão eólica e ao escoamento das águas, o que, em alguns casos, como no das regiões tropicais, implica um empobrecimento irreversível desse solo, sem contar com as eventuais catástrofes provocadas, em contrapartida, pelo deslizar das lamas arrastadas pelas tempestades da monção. Independentemente, mesmo, da tomada em consideração das perturbações humanas, a ciência ecológica está mais consciente do que antes da irreversibilidade do longo tempo da natureza: a natureza, como a história, nunca se repete.

Essas concepções de ecologia vistas no item supra exercerão influência sobre o Direito Ambiental interno de cada país e sobre o Direito Ambiental Internacional e refletirão o padrão ecológico de abordagem de cada ordenamento, diploma legal, regra ou princípio.

E não necessariamente haverá apenas dois segmentos opostos e radicais, manifestados pelas concepções biocêntrica e antropocêntrica, mas uma concepção plúrima e oscilante, que transita entre esses dois opostos e que permite amenizar os excessos próprios de cada uma das concepções.

A visão antropocêntrica clássica pode ser definida pelos seguintes traços:

- 1) Os humanos são fundamentalmente diferentes das outras criaturas, sobre as quais têm o poder de exercer um domínio;
- 2) Os humanos são senhores do seu destino, cabe-lhes fixar a si próprios os objetivos que pretendem, adaptando para tal os meios necessários;
- 3) O mundo é vasto e contém recursos em quantidade ilimitada para os humanos;

²⁶ OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do direito. p. 109.

4) A história da humanidade é a de um progresso constante; para todo problema há uma solução (geralmente técnica), não há, pois, motivo para travar o progresso.²⁷

O extremo da concepção antropocêntrica transformou a natureza em “ambiente”, “simples cenário no centro do qual reina o homem”, fazendo com que perdesse ela sua natureza ontológica, reduzida a um simples reservatório de recursos, antes de se tornar em depósito de resíduos.²⁸

Inicialmente, há que se ressaltar que é difícil até mesmo conceituar juridicamente meio ambiente fora de uma visão antropocêntrica, tendo em vista que o direito é um produto social, político e cultural e, portanto, a proteção jurídica ambiental depende de uma conduta humana.²⁹

Mas essa visão inevitavelmente antropocêntrica deve, contudo, estar temperada por certas preocupações tendentes a guiar seu reposicionamento, a saber: a) o ser humano pertence a um todo maior, que é complexo, articulado e interdependente; b) a natureza é finita; c) o ser humano não domina a natureza, mas tem de buscar caminhos para uma convivência harmônica entre ela e sua produção.³⁰

Propõe-se, assim, uma perspectiva antropocêntrica alargada, afastando o homem de

uma restritiva visão de que o homem tutela o meio ambiente única e exclusivamente para proteger a capacidade de aproveitamento deste, considerando precipuamente satisfazer as necessidades individuais dos consumidores, em uma definição economicocêntrica. Com efeito, essa proposta visa, de maneira adversa, a abranger também a tutela do meio ambiente, independentemente da sua utilidade direta, e busca a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural, com ideais éticos de colaboração e interação.³¹

Nesse antropocentrismo relativizado, fica estabelecido um valor intrínseco e não meramente instrumental a todas as formas de vida e, assim, “a proteção de valores e bens jurídicos ecológicos imporá restrições aos próprios direitos e ao comportamento do ser humano”³².

Freitas propõe que a relação revisitada entre homem e ambiente pode ser traduzida juridicamente pelo princípio da sustentabilidade, assim definido:

Princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de

²⁷ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 182.

²⁸ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. p. 13.

²⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 44.

³⁰ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 45.

³¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 49.

³² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 142.

assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.³³

Mas a sustentabilidade construída por Freitas não se restringe a sua acepção jurídica. Segundo o autor ela é multidimensional, e deve ser percebida em conotações jurídico-política, ética, social, econômica e ambiental. Além disso, é vinculante ética e juridicamente³⁴.

Nesse panorama, atualmente defende-se que o ordenamento jurídico brasileiro está amparado por uma concepção ambiental antropocêntrica alargada, porque a tutela jurídica ambiental não está relacionada a interesses imediatos, mas a uma dimensão intergeracional³⁵.

Tal concepção, denominada, equidade intergeracional, “estabelece responsabilidades (morais e jurídicas) para as gerações humanas presentes em vista da ideia de justiça intergeracional, ou seja, justiça (e equidade) entre gerações humanas distintas”³⁶.

Essa, contudo, é uma realidade normativa recente, que historicamente inicia nos anos 1980.

Segundo Benjamin, três momentos distintos de relação com o meio ambiente podem ser identificados na história do Brasil pós-descobrimento, estampados na legislação do país. O primeiro é denominado como *fase da exploração desregrada*, que inicia com o descobrimento e encerra em meados do século XX, caracterizado pela existência unicamente de regras para tutela da saúde e sobrevivência de determinados recursos naturais que beiravam a extinção, como o pau-brasil.³⁷

Em seguida tem-se a *fase fragmentária*, em que o meio ambiente ainda não era objeto de proteção, mas já havia a preocupação com vastas categoria de recursos naturais³⁸. Até esse momento, os diversos diplomas legais “regulam matérias específicas concernentes ao uso e proteção dos recursos naturais, mas sem alçar em suas razões a proteção ecológica propriamente dita. Isso porque não se vislumbrava ainda o reconhecimento da Natureza – e dos elementos naturais que a compõem – como bem jurídico autônomo digno de proteção”³⁹.

Essa fase pode-se dizer encerrada em 1981, quando foi publicada a lei da Política Nacional

³³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43.

³⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 53-54.

³⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 49.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. São Paulo: IMESP, 1999. p. 77-78.

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. p. 77-78.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 179.

do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que inaugura a *fase holística*, em que o meio ambiente recebe, finalmente, proteção integral⁴⁰.

Sarlet e Fensterseifer propõem uma divisão do histórico da legislação ambiental distinta daquela proposta por Benjamin, estabelecendo as etapas como: a) fase fragmentária-instrumental; b) fase sistemático-valorativa; e c) fase da “constitucionalização da proteção ambiental”. Contudo, em que pese tal divergência, ambos estão de acordo que é somente com o advento da Lei 6.938/81 que se inaugura uma efetiva fase de proteção ambiental abrangente⁴¹.

Segundo Sarlet e Fensterseifer, no período embrionário da legislação ambiental, “os interesses que, de modo eventual e fragmentário, conduziram à regulamentação do uso dos recursos naturais antes de tal período eram outros (econômicos, saúde pública etc.), e não a proteção ecológica em si”⁴².

Os últimos anos têm sido emblemáticos nessa construção legislativa ampla, surgindo leis de extrema importância, que contribuem sobremaneira para a aplicação dos princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental.

Mas nunca é demais lembrar que esse panorama teórico do Estado de Direito do Ambiente está sendo fornecido em um momento de globalização econômica, onde ao menos um dos pilares do Estado Nacional Moderno está em corrosão: a soberania. Isso não significa, todavia, que o Estado esteja débil. Segundo Santos, “ao contrário do que se repete impunemente, o Estado continua forte e a prova disso é que nem as empresas transnacionais, nem as instituições supranacionais dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, sua vontade política ou econômica”⁴³. Assim, mesmo no contexto desigual de forças a que estão submetidas os agentes políticos, cada país pode fazer sua inserção no mundo globalizado de diferentes formas⁴⁴.

É por isso mesmo que ao Estado não basta assimilar novos princípios jurídicos (no caso, os princípios do Direito Ambiental) e, a partir de então, apostar no sucesso de suas novas e exigentes funções. É fundamental que, além disso, o Estado incorpore um novo papel. Assim é que se deve

⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. p. 77-78.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 180.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. p. 181-182.

⁴³ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 77.

⁴⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. p. 78.

investir esforços para a construção de um Estado de Direito do Ambiente, fundado em um modelo duradouro de desenvolvimento, atento para valores como equidade intergeracional e uma visão “menos antropocêntrica”⁴⁵.

Cumprindo, dessa forma, decotando o tema da presente pesquisa, analisar que contornos essa concepção de Direito Ambiental, influenciada pelas teorias da ecologia indicadas, têm na estruturação do Estado de Direito do Ambiente.

3. ESTADO DE DIREITO DO AMBIENTE NO ANTROPOCENO

Instituições como Estado, república e democracia nunca representam conceitos definitivos e não sempre de ser revisados e aperfeiçoados, seja pelo aprendizado dos erros e acertos evidenciados pela História, seja por meio de formulações teóricas que podem vir a ganhar corpo.

A democracia, portanto, deve ser um espaço de realização existencial, em que cada cidadão se relaciona com a sociedade, com o ente estatal e com o mercado, consciente da existência e da dimensão das consequências de cada um dos seus atos praticados no espaço público.

Problemas locais e globais tornaram-se, em um mundo que parece cada vez menor e mais complexo, mais íntimos e inter-relacionados. Cada decisão política tomada na esfera estatal possui imensa repercussão sobre o cotidiano das pessoas e, principalmente, sobre o futuro muito próximo, especialmente no concernente aos problemas ambientais.⁴⁶

A aposta da ecologia política é exatamente a democracia como forma de vida:

Entendemos por tal, aquel tipo de concepción de la democracia en que ésta no se limita a ser un sistema de gobierno o una forma de estado, un método para designar quién manda. Sino que establece un conjunto de principios, reglas, valores y creencias que organizam integralmente la vida social.⁴⁷

É preciso reconhecer que a razão de ser da existência do Estado é assegurar um determinado núcleo de direitos aos seus cidadãos e que a democracia representa o melhor meio para que o Estado cumpra esse papel.

Existe, portanto, um “direito a um mínimo existencial” e o reconhecimento da

⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo, extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.

⁴⁶ DEXHEIMER, Marcus Alexander. **Estatuto da cidade e democracia participativa**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 17.

⁴⁷ GARRIDO PEÑA, Francisco. *La ecología como política*. In: GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. p. 15.

jusfundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado opera no sentido de agregar novos elementos normativos a esse mínimo existencial⁴⁸.

Contudo, para assegurar eficácia a esse direito de assento constitucional, não basta colocar unicamente sobre os ombros do ente estatal a incumbência da proteção ambiental, havendo que se disseminar a todos as obrigações correspondentes, daí surgindo o que se convencionou denominar de “dever fundamental de proteção do ambiente”⁴⁹.

A respeito, defendem Sarlet e Fensterseifer⁵⁰:

Os deveres fundamentais de proteção do ambiente, portanto, vinculam juridicamente os particulares no sentido de exigir-lhes não apenas a adoção de medidas negativas, o que ocorre no caso de impedir o particular de realizar determinada atividade que, mesmo potencialmente, possa acarretar dano ambiental, como desmatar a área de mata ciliar ou despejar produto químico no córrego de um rio, como também medidas positivas (de cunho prestacional) necessárias à salvaguarda do equilíbrio ecológico, como ocorre na hipótese de medidas voltadas à conservação do patrimônio ambiental ou à reparação de um dano ecológico.

Em seu *Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade*, obra de crítica pontual de jurisprudência ambiental, Canotilho adverte que “o direito de todos a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado implica, porém, [...] o dever de todos suportarem os respectivos encargos. A defesa do ambiente é uma tarefa *solidária* e *não solitária* e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns a favor de outros”⁵¹.

Como defende Sabsay, o cumprimento de metas tão ambiciosas como aquelas traçadas pela sustentabilidade requer a organização de estruturas de Estado aptas a tanto.⁵²

Segundo Canotilho, está associada ao conceito de “Estado Constitucional Ecológico” a ideia de “democracia sustentada”, enunciado que, por sua vez, funda-se em dois pressupostos:

(1) o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; (2) o Estado ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada.⁵³

E, para Capella, Estado de Direito do Ambiente pode ser definido como uma concepção de

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 150-151.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 279.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 279.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Protecção do ambiente e direito de propriedade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 105.

⁵² SABSAY, Daniel Alberto. *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*. **Revista de Direito Ambiental**, v. 22, p. 38-49, jan./mar. 2000. p. 43.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, v. 2. 2001. p. 9-16, a. 2001. p. 9.

Estado que “se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural”⁵⁴.

Esse Estado, segundo Leite⁵⁵, “converge obrigatoriamente para mudanças radicais nas estruturas existentes da sociedade organizada. E não há como negar que a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental.”

Nesse contexto, o aparato jurídico-normativo do Estado é determinante para que possa cumprir suas novas funções, em especial no concernente a sua missão fundamental de proteção ambiental.

A norma jurídica, dessa maneira, apesar de não possuir força própria, detém uma força propulsora em potencial, o que reforça seu caráter instrumental (pode, assim, ser veículo ou obstáculo à transformação social). É no sentido transformador que Bonavides advoga a construção de um novo Direito Constitucional, fundado, sobretudo, em uma nova hermenêutica e na repolitização da legitimidade.⁵⁶

Assim, o Direito Ambiental – resultado imediato da evolução da concepção de ecologia – tem especial potencial na construção do Estado de Direito do Ambiente, e, para Montibeller-Filho, o Direito Ambiental representa a instância mais elevada de concretização da política ecológica⁵⁷.

Não se pode, todavia, render-se a um discurso cego otimista e esquecer que o Estado inevitavelmente se relaciona com grandes corporações e tem sobre elas poderes por vezes diminutos, em razão da expressiva força econômica que estas possuem no cenário internacional, e que inevitavelmente se espalha no âmbito doméstico. Nesse sentido, Marques⁵⁸ lembra:

O mais importante fator a reforçar nosso bloqueio cognitivo seja a crença de que o Estado é ainda capaz de nos ‘salvar’ ou ao menos de assumir sua parcela maior de responsabilidade na condução de políticas suscetíveis de reverter a degradação em curso da biosfera. Essa crença não leva em conta a nova e mais profunda aliança que se está a selar entre os Estados e as corporações.

⁵⁴ CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994. p. 248.

⁵⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 9.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25-49.

⁵⁷ MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável**: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.

⁵⁸ MARQUES, Luiz. **Capitalismo e colapso ambiental**. Campinas: Editora da Unicamp, 2015. p. 23.

Mirando essa preocupação é que Ortuño propõe a ampliação de mecanismos de controle jurídico ambiental internacional, com vistas a equilibrar as forças que atuam no cenário global contemporâneo:

Creación y promoción de una sala medioambiental en la Corte Internacional de Justicia; tipificación del ‘ecocidio’ entre los crímenes contra la humanidad sujetos al Estatuto de la Corte Penal Internacional, o bien creación de un Tribunal Internacional Ambiental con acceso abierto a los ciudadanos y sus organizaciones en el que además de a los Estados por su responsabilidad, se pueda juzgar a las empresas multinacionales por su participación en la producción de daños y riesgos ambientales em terceros países.⁵⁹

Por fim, Ferrer⁶⁰ adverte que os inimigos poderosos do meio ambiente são justamente as principais construções sociais da nossa civilização, a saber, o mercado, a democracia e a soberania nacional. Quanto à economia de mercado, ante a dificuldade de se buscar uma reformulação do modo de produção contemporâneo, sabidamente predatório, uma das propostas de Ferrer é a instituição de cotas ambientais para acesso aos bens de consumo, mediante unidades de crédito ambiental (UCA). Pretende-se, assim, introduzir racionalidade ambiental em uma economia que a ignora. No que toca à soberania nacional, Ferrer considera que as nações patrimonializam os recursos ambientais e os submetem ao benefício exclusivo de um grupo nacional, quando, na verdade, deveriam satisfazer os interesses da humanidade. E, referente à democracia, lembra que as eleições diretas afastam projetos que exijam algum nível de sacrifício aos eleitores. Assim, defende, as questões ambientais deveriam integrar um Pacto de Estado, de modo a suplantar as bandeiras dos partidos políticos na sua constante batalha pelo poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso ambiental é, em regra, bem aceito social e politicamente e, por isso, acabou se tornando muitas vezes mais um lugar-comum retórico do que um valor a ser efetivamente pensado, ponderado e efetivado.

Ao Estado e seus poderes incumbe dar efetiva aplicação aos preceitos normativos de natureza ambiental, para que também o Direito Ambiental não se limite a ser uma singela carta de boas intenções, mas um efetivo arsenal de ferramentas destinadas a uma equilibrada tutela da

⁵⁹ ORTUÑO, Eduardo Salazar. *Derecho ambiental y acceso a la justicia ecológica*. In: GIMÉNEZ, Teresa Vicente (Org.). *Justicia ecológica en la era del antropoceno*. Madrid: Editorial Troffa, 2016. p. 184.

⁶⁰ FERRER, Gabriel Real. *La construcción del derecho ambiental*. *Revista NEJ – Eletrônica*. v. 18, n. 3, set-dez 2013. p. 365-368.

natureza.

Para tanto, é necessário inicialmente conhecer as teorias da ecologia que atualmente buscam construir uma nova relação homem-natureza, analisando sua influência sobre o Direito Ambiental.

Como resposta à concepção tradicional, amparada na absoluta dicotomia entre homem e natureza, exsurge a ecologia profunda (termo cunhado em 1973 por Arne Naess), que concebe os seres humanos como apenas uma das manifestações da natureza, sem que se lhes possa atribuir qualquer primazia.

Se não serve, contudo, como teoria a amparar por completo os rumos do Direito Ambiental (culminando na transformação jurídica da natureza-objeto em natureza-sujeito), possibilita – em conjunto com a ecologia política – a releitura da concepção tradicional, resultando em uma visão menos fragmentada entre homem e natureza, uma concepção ainda antropocêntrica, mas relativizada, mais focada na integração desses dois elementos.

Essa visão é denominada antropocêntrica alargada e compreende o ser humano como pertencente a um todo, a uma natureza finita e limitada, incapaz de dominá-la.

Tal concepção, que propicia ao homem uma convivência ambiental mais harmônica, inspira a atual fase legislativa brasileira desde a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), evidenciando que o Brasil possui instrumentos legislativos próprios à edificação de um Estado de Direito do Ambiente, modelo de Estado que possui, entre seus pilares, a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, mas cujas limitações tanto no plano interno quanto na ordem internacional não devem ser esquecidas, sobretudo no cenário econômico contemporâneo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a de junho de 1999**: a proteção jurídica das florestas tropicais. São Paulo: IMESP, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da

legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada.

Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, v. 2. 2001. p. 9-16, a. 2001.

_____. **Protecção do ambiente e direito de propriedade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecología: de las razones a los derechos**. Granada: Ecorama, 1994.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

DEXHEIMER, Marcus Alexsander. **Estatuto da cidade e democracia participativa**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

FERRER, Gabriel Real. *La construcción del derecho ambiental*. **Revista NEJ – Eletrônica**. v. 18, n. 3, set-dez 2013. p. 347-368.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARRIDO PEÑA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. Granada: Comares, 1993.

GIMÉNEZ, Teresa Vicente (Org.). **Justicia ecológica en la era del antropoceno**. Madrid: Editorial Troffa, 2016.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. 12. ed. Campinas: Papirus, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo, extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MARQUES, Luiz. **Capitalismo e colapso ambiental**. Campinas: Editora da Unicamp, 2015.

MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável**: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

PEÑA, Francisco Garrido. *Introduccion a la ecologia política*. Granada: Comares, 1983.

SABSAY, Daniel Alberto. *La problematica ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*. **Revista de Direito Ambiental**, v. 22, p. 38-49, jan./mar. 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e meio ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

A ORIGEM DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Fernando Rodrigo Busarello¹

INTRODUÇÃO

No campo de estudos do meio ambiente, e conseqüentemente com grande relevância para o direito ambiental, é de se dizer recente a formação de um conceito que traduz a crescente preocupação da humanidade com o futuro. Trata-se do desenvolvimento sustentável, expressão que desponta de grande interesse especialmente diante do cenário que marca a realidade humana nesta era. A grande expansão tecnológica levada a cabo pelo homem na era moderna, com o desenvolvimento de técnicas de produção e exploração de recursos naturais para a produção em massa, o agrupamento de pessoas em grandes cidades e a conseqüente concentração de consumo de recursos naturais, o desenvolvimento de atividades de grande impacto poluidor e em larga escala com o objetivo de suprir as necessidades de consumo, enfim, uma série de inovações humanas produzem grande impacto na capacidade do planeta de manter o equilíbrio natural capaz de sustentar a vida e garanti-la para o futuro.

Este contexto tem como natural consequência a preocupação crescente da comunidade global com a necessidade de repensar a forma de exploração dos recursos naturais, permitindo que se evite o esgotamento de recursos relevantes para a humanidade. O mecanismo presente nas sociedades modernas para estimular e exigir a necessária observância de medidas de preservação, diante da concorrência imposta pelo regime econômico baseado no capital amplamente adotado, por sua vez, passa pela regulação das atividades que impactam o meio ambiente, o que coloca o Direito Ambiental como instrumento fundamental para que se alcancem, no âmbito prático, medidas efetivas de sustentabilidade.

É de fundamental importância para o Direito Ambiental, portanto, que se produza uma

¹ O autor é graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; especialista em Direito Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina; especialista em Direito de Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho/Portugal; doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Águas e Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Alicante/Espanha. Atua desde 2010 como Juiz de Direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. E-mail: fbusarello@tjsc.jus.br

análise adequada a respeito da origem do termo sustentabilidade e da compreensão do seu conceito, inclusive para que se defina em que rumos deve ser regulada a exploração do meio ambiente.

Pretende-se, com o presente artigo, lançar os olhos não só para a origem moderna do conceito de desenvolvimento sustentável, mas observar o contexto histórico que permeia o tema, permitindo a observação do passado para a aquisição de experiências que enriquecem a reflexão sobre as ações necessárias para que se leve adiante o desenvolvimento deste tema que é fundamental no presente e ocupará, sem dúvidas, esta e as próximas gerações.

1. O SURGIMENTO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A era moderna, com os métodos de produção e exploração antes mencionados, é sem dúvida determinante para que se dê elevada importância à sustentabilidade ambiental, ou ao desenvolvimento sustentável, na forma como tratamos em tempos atuais, seja em conexão com a moderna forma e escala de exploração ambiental, seja diante do atual estágio de desenvolvimento do direito, inclusive no âmbito internacional. Há que se ponderar, todavia, que há raízes históricas relevantes que contribuem para a compreensão da preocupação atual com a sustentabilidade.

Voltando o olhar para o passado, convém observar que as crises geradas pela degradação ambiental estão presentes e são a causa das maiores transformações vividas pela humanidade. Transformações na agricultura e na indústria tiveram como fundamento o crescimento populacional, a degradação ou a extinção de recursos naturais, todavia, a reestruturação das sociedades e o desenvolvimento tecnológico lentos tornaram imperceptíveis as mudanças para as pessoas inseridas nesse contexto.² Não obstante, é possível observar que as consequências da degradação ambiental sempre foram sentidas e medidas voltadas à sustentabilidade foram adotadas ao longo da história.

Historicamente, a sustentabilidade já era objeto de preocupação em civilizações antigas, que buscaram harmonia com a natureza. O próprio desenvolvimento da agricultura, por exemplo, se deu em razão da necessidade constante de migração das comunidades humanas após o esgotamento de recursos básicos para a sobrevivência no local em que estabelecidos. O plantio fez

² MEADOWS, D., MEADOWS, D., and RANDERS, J. *Beyond the Limits*. London: Earthscan Publications, 1992 *apud* MEBRATU, Desta. **Sustainability and sustainable development: historical and conceptual review**. New York: Elsevier Science Inc., 1998. p. 496.

surgir uma fonte renovável de recursos que permitiria o desenvolvimento sustentável da comunidade sem a necessidade de migração, viabilizando o surgimento das cidades. Mais recentemente, nos séculos XVI e XVII, o conceito de sustentabilidade foi desenvolvido no âmbito do manejo de florestas na Europa, como exemplifica o conceito alemão de *Nachhaltigkeit*, que traduzia a necessidade do plantio para viabilizar o acesso ao recurso estratégico pelas futuras gerações tal como a geração da época.³

Bosselmann⁴ ilustra:

Tendo em vista a tradição da sustentabilidade na Europa, podemos identificar uma ideia consistente desde os tempos medievais. A ideia é viver da produção, mas não da matéria. Isto tem sido intimamente associado com a principal base de recursos da Europa, as florestas. Sempre que este recurso atinge um ponto crítico, os governos procuram a sustentabilidade como estratégia de resgate.

O próprio autor destaca em seguida, por sua vez, que essa necessidade retrata a incapacidade recorrente do ser humano de viver dentro dos limites dos sistemas ecológicos.

No fim do século XVIII e início do século XIX, Thomas Robert Malthus desenvolveu a Teoria dos Limites, antevendo que os limites do crescimento seriam causados pela escassez de recursos.⁵ Esta teoria, baseada na ideia de que a população deveria ter seu crescimento limitado à capacidade de produção de alimentos, pode ser considerada um precursor do conceito de desenvolvimento sustentável, já que buscou limitar o crescimento diante de fatores ambientais. Não obstante, o desenvolvimento de técnicas que aumentariam a capacidade produção de alimentos elevou os limites preconizados pelo autor, o que depõe a favor da capacidade humana de superar os limites impostos pela natureza.

Em uma abordagem mais recente, no início da década de 1970, quando a degradação ambiental começava a mostrar seus efeitos já em razão dos feitos da era moderna nas décadas de 60 e 70, tendo como referência a Conferência de Estocolmo, promovida pela ONU em 1972, um grupo de pesquisadores publicou estudo denominado de Limites do Crescimento. O estudo do intitulado Clube de Roma, grupo de pesquisadores que se reuniu contemporaneamente à Conferência, apontou a previsibilidade do esgotamento de recursos naturais diante do passo de desenvolvimento que a sociedade global alcançara, ressaltando a necessidade de medidas globais

³ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012. 199 p. p. 33.

⁴ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 41.

⁵ MEBRATU, Desta. **Sustainability and sustainable development: historical and conceptual review**. New York: Elsevier Science Inc., 1998. p. 499.

e de longo prazo para modificar essas tendências.⁶

O secretário geral da Conferência, Maurice Strong se referiu a um modelo alternativo de desenvolvimento denominado “ecodesenvolvimento”, buscando a aliança entre desenvolvimento e proteção do meio ambiente.⁷ Este conceito foi difundido posteriormente por Ignacy Sachs, economista, que buscou estabelecer algumas premissas para o desenvolvimento: satisfação das necessidades básicas, solidariedade com as gerações futuras, participação da população, preservação de recursos naturais e do meio ambiente em geral, elaboração de um sistema social que garanta emprego, segurança social, além de respeito a outras culturas e educação.⁸ Cuidava-se de uma estratégia multidimensional e alternativa que buscava conciliar a promoção econômica, a preservação ambiental e a participação social. Isso decorreria, certamente, da percepção de que o desenvolvimento econômico dos países ricos trazia degradação das fontes de recursos naturais e também o crescimento populacional desestruturado dos países pobres contribuía para a degradação ambiental, de modo que os aspectos sociais haveriam de ser considerados na busca por uma solução para o desenvolvimento em harmonia com o meio ambiente.

Até este momento histórico a abordagem da preocupação com o meio ambiente de certa forma colocava em oposição o desenvolvimento e a proteção ambiental. A terminologia “ecodesenvolvimento” buscou conciliar a ecologia e o desenvolvimento como temas que deveriam ser abordados concomitantemente. Surgia então os primeiros traços a atual expressão “desenvolvimento sustentável”. Em 1980, a União Mundial para a Natureza (Internacional Union for the Conservation of Nature - IUCN), em conjunto com o Fundo Mundial para a Natureza (World Wildlife Fund - WWF) e o programa de meio ambiente das Nações Unidas tentou integrar o desenvolvimento e o meio ambiente sob o pálio da “conservação”. Embora não tratasse diretamente como desenvolvimento sustentável, destacou a estratégia “*Living Resource Conservation for Sustainable Development*” (Conservação de recursos vivos para o desenvolvimento sustentável, em tradução livre), lançando o foco sobre a sustentabilidade.⁹

⁶ MEADOWS, Dennis L., MEADOWS, Donella H., RANDERS, Jorgen e BEHRENS, William W. **Limites do crescimento**: um relatório para o Projeto Clube de Roma sobre o dilema da humanidade. São Paulo: Perspectiva, 1972. 203 p.

⁷ MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável**: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. 3. Ed. Florianópolis: UFSC, 2008. 316p.

⁸ BRUSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. *apud* CAVALCANTI, Clóvis de Vaconcelos. FURTADO, André. **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 1995. p. 31.

⁹ MEBRATU, Desta. **Sustainability and sustainable development**: historical and conceptual review. New York: Elsevier Science Inc., 1998. p. 501.

O debate sobre o meio ambiente e o desenvolvimento tem como marco relevante a instituição da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*The World Commission on Environment and Development*) pelas Nações Unidas, em 1987. A comissão publicou um relatório, denominado *Our Common Future* (Nosso Futuro Comum, em tradução livre), no qual estabeleceu um conceito de desenvolvimento sustentável que, apesar de não ser considerado o mais completo atualmente, como apontam muitos, serviu para lançar ao mundo a necessidade de preocupação e vigilância com o modo como o desenvolvimento passara a afetar o equilíbrio ecológico do planeta.

Chefiada pela Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, a comissão definiu em seu relatório – por isso também conhecido como Relatório Brundtland, o desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”¹⁰. Ao definir expressamente o desenvolvimento sustentável de forma a aliar o combate à pobreza, pela via do desenvolvimento para a satisfação das necessidades humanas atuais, com o elemento ecológico, visando preservar as condições necessárias para que as futuras gerações também possam garantir suas próprias necessidades, o conceito ganhou espaço no debate internacional que ocorre até o momento, suscitando importantes questões em seu entorno.

O Relatório Brundtland constitui, sem dúvida, o grande marco da propagação de uma expressão que trouxe consenso ao debate sobre a conciliação entre o desenvolvimento e o meio ambiente. Não porque permitiu elevado consenso sobre as medidas práticas a serem adotadas em favor de um desenvolvimento sustentável, o que aliás se traduz no grande desafio atual e futuro, mas porque permitiu um consenso importante sobre uma definição genérica que, por sua grande aceitação e por acender uma luz sobre a preocupação ambiental que traz consequências reais e imediatas à humanidade, permitiu que o debate sobre o meio ambiente avançasse justamente para as questões práticas necessárias para que o desenvolvimento sustentável se torne palpável.

Com a popularização do conceito de desenvolvimento sustentável, os esforços para o fortalecimento do debate internacional sobre o tema avançaram com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (United Nations Conference on Environment and Development – UNCED), em 1992, no Rio de Janeiro, também conhecida como ECO 92, dentre

¹⁰ BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Our Common Future**: The World Commission on Environment and Development. 1987. p. 37.

outros, que solidificou no cenário internacional a preocupação com o meio ambiente

A conferência teve como marco a produção de importantes documentos internacionais, como ilustra Barros:

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), ou Cúpula da Terra, foi convocada com o propósito de discutir problemas urgentes referentes à proteção ambiental e ao desenvolvimento socioeconômico e tinha como base as premissas de Estocolmo. O resultado produzido pela Conferência foi a fixação de vários acordos: a) Convenção sobre o Clima; b) Convenção sobre a Biodiversidade; c) Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; d) Declaração de Princípios sobre Florestas; e) Agenda 21, um plano de ação analítico com cerca de 500 páginas para a realização do desenvolvimento sustentável no século XXI.¹¹

Nota-se que a discussão sobre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente avançou para questões operacionais, voltadas à perseguição do desenvolvimento sustentável, expressão que se solidificou, portanto, como o centro do debate atual sobre as questões ambientais. Muitos são os estudos que se propõem a determinar o alcance de expressão tão ampla. Sua interpretação e, principalmente, sua especificação, de modo a tornar concreto o desenvolvimento sustentável tal como conceituado por Brundtland, são os desafios que permeiam a agenda ambiental e, conseqüentemente, o Direito Ambiental, cuja tarefa primordial é a de regular, mediando o conflito aparente, os meios de se desenvolver a sociedade com a preservação do meio ambiente.

Desde então outros encontros e definições globais foram tentados, e muitos estudos cuidaram de especificar o conceito e torna-lo palpável nas mais diversas realidades que demandam sua aplicação. Contudo, com o propósito inicial deste breve estudo alcançado, cujo intuito é o de documentar os principais pontos históricos relevantes para a construção do conceito de desenvolvimento sustentável, tem-se por oportunas algumas considerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou, a preocupação com a degradação ambiental, ou ao menos as suas conseqüências, marcaram a história da humanidade, estimulando grandes movimentos de migração e desenvolvimento, contudo, sem notícias de um debate amplo e racional sobre suas conseqüências.

A realidade atual é diversa especialmente porque tanto o desenvolvimento de atividades

¹¹ BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. P 21.

degradantes, ou mesmo a degradação que decorre do próprio crescimento populacional, quanto a percepção das consequências nocivas e o desenvolvimento de tecnologias de contorno se dá em uma velocidade cada vez maior, suficiente para que a própria geração que constitui a causa central da degradação possa se defrontar com as consequências de suas decisões e prever aquelas que advirão em um futuro imediato.

Tal distinção traz à geração atual a preocupação e a responsabilidade de observar e avaliar seus atos, buscando corrigir os caminhos do desenvolvimento que têm levado à dilapidação dos mais variados recursos ambientais que, por sua vez, hão de servir como sustentáculo também para o desenvolvimento das futuras gerações.

Não se pode ignorar, no entanto, que o ciclo não é novo, como por vezes se afirma ao se tratar a sustentabilidade ambiental como tema atinente à modernidade apenas, fruto do desenvolvimento que se reputa desenfreado nas últimas décadas. De fato, os danos são de grande monta e impacto, mas também o são as habilidades da humanidade para desenvolver tecnologias e alternativas que permitam mitigar seus efeitos e avançar no desenvolvimento, este que naturalmente deve ser pautado pela melhoria das condições de vida da humanidade. Foi assim desde os primórdios exemplos históricos, como com o desenvolvimento da agricultura, que por uma pressão ambiental (escassez de recursos locais) permitiu a fixação das comunidades e sua expansão.

Não foi diferente com a construção recente do conceito de desenvolvimento sustentável. A humanidade assumiu posturas para danificar o meio ambiente em escala global, com a industrialização e a expansão de áreas agrícolas para sustentar a crescente necessidade por alimentos e bens de uma população mundial também crescente. Por outro lado, também reuniu recursos para a formalização de um ambiente global de debate, sem precedentes, sobre os riscos que o desenvolvimento traz ao planeta, alcançando a construção de um conceito amplamente aceito – o desenvolvimento sustentável – em uma comunidade global extremamente complexa e heterogênea, dividida por diversos interesses e estágios de desenvolvimento, e avançando para a fixação de preceitos e regras que buscam concretizar uma solução globalizada para o problema também global – a exemplo da UNCED 92.

Pode-se dizer assim que os danos ao meio ambiente e a iminência de grandes impactos à humanidade despertam a qualidade única dos seres humanos de desenvolverem soluções, tecnológicas e de convívio, que apontam um meio alternativo de desenvolvimento em equilíbrio com subsistência das condições que permitem a manutenção da vida – para as presentes e futuras

gerações – em nosso planeta. Não há motivos para crer que a capacidade de se desenvolver soluções de contorno seja menor do que a capacidade produzir a degradação ambiental. Há, de fato, relatórios científicos alarmantes, indicando a necessidade imediata de ações para reverter certas ações, como as que geram o aquecimento global. Mas é possível resguardar a convicção de que são justamente estes prognósticos – cada vez mais palpáveis – que servem de força motriz para o desenvolvimento de soluções, no que se insere inclusive a intensificação do debate jurídico no campo do Direito Ambiental.

O presente apontamento, resumido aos principais pontos e sem o propósito de esgotar o levantamento histórico sobre a construção do conceito de desenvolvimento sustentável, visa olhar para o passado como forma de desenvolver um olhar crítico e otimista para o cenário por vezes apocalíptico que circunda a temática ambiental. A intensificação do debate sobre desenvolvimento sustentável é justamente uma resposta atual, ágil e moderna para fazer frente ao tamanho impacto das atividades humanas atuais. Por outro lado, vale lembrar que inércia diante da degradação do meio ambiente seria postura contrária ao próprio propósito de sobrevivência, seja da espécie em si, seja de suas construções como a organização social e econômica que permitem a subsistência digna das presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.

BOSELMMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Our Common Future: The World Commission on Environment and Development**. 1987.

CAVALCANTI, Clóvis de Vaconcelos. FURTADO, André. **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. São Paulo: Cortez, 1995.

MEADOWS, Dennis L., MEADOWS, Donella H., RANDERS, Jorgen e BEHRENS, William W. **Limites do crescimento: um relatório para o Projeto Clube de Roma sobre o dilema da humanidade**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

MEBRATU, Desta. **Sustainability and sustainable development:** historical and conceptual review. New York: Elsevier Science Inc., 1998.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável:** meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. 3. Ed. Florianópolis: UFSC, 2008.

O CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL GLOBAL COMO ALTERNATIVA À CRISE SOCIOECOLÓGICA DO ANTROPOCENO

Marcelo Carlin¹

Agatha de Vasconcellos Mapelli Vieira²

INTRODUÇÃO

Somente em meados do Século XX é que pudemos observar que a preocupação do ser humano com o meio ambiente passou a tomar proporções reais e concretas. Souza³ explica que “a proteção do ambiente não faz parte da cultura do homem, pois conquistar a natureza sempre foi seu grande desafio. Ao longo da história, o homem dominou a natureza sem se preocupar com os danos que esse desenvolvimento causava”.

Justamente porque concordamos com a observação da autora, especialmente no que concerne à aterrorizadora dominância do homem sobre a natureza, pretendemos com o presente artigo, por meio de três brevíssimos tomos, discorrer sobre os principais aspectos das consequências advindas da adoção do modelo de consumo globalizado, o que será essencialmente analisado no item 1.

A verificação de que pairamos em um Mundo em Metamorfose, como já pontuara Beck⁴, implica, inexoravelmente, no momento de reflexão crítica que vivenciamos quanto à irreversibilidade dos efeitos dos seres humanos sobre a Terra Desta forma, no item 2, com ênfase na crise sócio ecológica que cerca a atual era, destacamos a esperança na proteção ao Meio Ambiente como verdadeiro direito humano fundamental.

O novo termo Ecoceno perpassa o texto e incentiva a análise do modelo do Constitucionalismo Ambiental no item 3, assim como sua aplicação no contexto global como

¹ Mestre e Doutorando pela Univali. Florianópolis, Santa Catarina. Juiz de Direito Estadual. mcarlin@bol.com.br.

² Admitida para o programa de mestrado na York University/Canadá com início em 2018 e Graduada pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, Santa Catarina. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. agatha.vm@gmail.com.

³ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. Por um novo modelo de Estado de Direito Ambiental. In: ESPÍRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p. 129.

⁴ BECK, Ulrich. **La metamorfosis del mundo**. Trad. Fernando Borrajo Castanedo. Polity Press Ltd. Cambridge e Barcelona: Espasa Libros, 2017.

alternativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do ser humano.

Seguindo para breves considerações finais extraídas do texto, ao mencionar o papel do Constitucionalismo Ambiental, a proposta da presente pesquisa é destacar o esverdeamento das Constituições no contexto global e creditar ao tema a importância que lhe é devida, sem se olvidar que a presente sociedade pode se apresentar como um verdadeiro agente emancipador, conforme descrito por Beck⁵.

1. A SOCIEDADE DE CONSUMO – GLOBALIZAÇÃO E ACELERAÇÃO DO CONSUMO

Em sua obra *A Metamorfose do Mundo*, já nas primeiras linhas, o autor Beck se depara com o questionamento pessoal *“Qual é o significado dos acontecimentos globais que se desenrolam sob o nosso olhar na televisão?”*, bem como com a constatação de que *“não havia nada – nem um conceito nem uma teoria – capaz de exprimir a convulsão deste mundo em termos conceituais”*⁶.

Ao desenvolver seu pensamento, explica que os atuais conceitos de “revolução”, “transformação” ou “evolução” não são suficientes para explicar a atualidade, pois o mundo não apenas muda, ele está a metamorfosear-se (algumas coisas se alteram, mas outras permanecem iguais). Desde logo, o autor prenuncia que o termo “metamorfose” deve ser colocado entre aspas, pois *“ainda tem todas as marcas de um corpo estranho”*⁷.

As mudanças ocorridas no mundo são muito intensas e radicais, impulsionadas pela Globalização, que nas linhas de Habermas⁸, significa “transgressão, remoção de fronteiras, e, portanto, representa uma ameaça para aquele Estado-nação que vigia quase neuroticamente suas fronteiras.” Prossegue, citando o pensamento de Anthony Giddens, que definiu globalização como a “intensificação das relações mundiais que ligam localidades distantes, de tal maneira que os acontecimentos locais são moldados por eventos que são a muitos quilômetros de distância e vice-versa”.

Ao perfilar-nos ao descrito por Luiz Gonzaga Silva Adolfo, entendemos imperativo

⁵ BECK, Ulrich. *La metamorfosis del mundo*, p. 33: *“Los deja todo abierto y subraya la importancia de las decisiones políticas. Hace hincapié en los peligros a los que se enfrenta la sociedad, que podrían conducirla a una catástrofe, pero también en el alcance de un <<catrofismo emancipador>>”*.

⁶ BECK, Ulrich. *La metamorfosis del mundo*.

⁷ BECK, Ulrich. *La metamorfosis del mundo*.

⁸ HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, p. 98, nov. 1995.

reconhecer que há diversas facetas envolvidas neste cenário da globalização, que vão muito além de processos financeiros, econômicos, de capital e de produção, tal como também o fez Ulrich Beck. A propósito da descrição mencionada⁹:

Globalização refere-se a processos atuantes em escala global que ultrapassam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo mais interconectado. Assim, implica um movimento de distanciamento da ideia sociológica clássica da sociedade como sistema bem delineado [...]

Está claro que a globalização assume não só características econômicas, mas também políticas, tecnológicas e socioculturais, que são dimensionadas pelos meios de comunicação¹⁰.

Para Bauman¹¹

a 'globalização' está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, 'globalização' é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, 'globalização' é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo 'globalizados' – e isso significa basicamente o mesmo para todos.

Esse fenômeno do qual decorrem as alterações das estruturas sociais em escala global também é responsável pelo aumento vertiginoso do consumo, próprio dos nossos atuais sistemas econômicos, bem como pela explosão das desigualdades sociais, precarização nas condições de vida dos indivíduos e degradação irreversível do Meio Ambiente:

A busca incessante por novas matérias primas para a concepção de novos produtos deflagra um processo de degradação socioambiental, ocorre uma ruptura na relação entre homem/natureza. Nesse processo a natureza é relegada ao papel de coisa, e como coisa é permitida a sua livre manipulação no intuito de dominá-la.¹²

Todo esse processo desenfreado de produção e consumo recíprocos evidenciou, ainda mais, como as ações humanas impactam nos recursos provenientes do Planeta de forma impensada e sem qualquer atenção ao resguardo dos Direitos Humanos fundamentais.

⁹ SILVA ADOLFO, Luiz Gonzaga. **Globalização e estado contemporâneo**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 49.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 07.

¹² MENDES, Luís Marcelo. O constitucionalismo ambiental como mecanismo regulador do equilíbrio socioambiental para as gerações presentes e futuras. **REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global** – www.ufsm.br/redesg v. 3, n. 1, jan-jun/2014.

1.1 O Declínio do Holoceno¹³

“Efetivamente, a capacidade de regeneração da Terra não pode mais adaptar-se à demanda – as pessoas estão transformando recursos em resíduos mais rapidamente do que a natureza é capaz de transformar resíduos de volta em recursos”¹⁴.

A constatação é do World Wildlife Fund (WWF), mas poderia partir de qualquer fonte de informação na atualidade.

Vivemos, hodiernamente, na era que sucede o Holoceno, o qual se caracterizou pelo período de estabilidade ambiental experimentado desde a última glaciação e que perdurou por milhares de anos mantendo sua capacidade de autorregeneração.

Os autores Larissa Basso e Eduardo Viola¹⁵ esclareceram que o advento do Antropoceno trouxe consigo “o fim da estabilidade geobiofísica do Planeta, quebrando a matriz de estabilidade e linearidade que é o pressuposto para previsões do futuro com base em acontecimentos do passado. A não linearidade é a nova realidade, porque é característica de sistemas complexos tais como os sistemas geobiofísicos”.

Diante da nova realidade da era antropocênica, inegavelmente caracterizada, conforme ensinam Rockström e outros¹⁶, pela centralidade das ações humanas sobre a base físico-química da Terra e sobre as mudanças ambientais globais, há o consenso: o atual sistema de consumo, como já alertara Beck, não se sustenta.

As Nações Unidas há muito já constataram que “o estresse ambiental está se acentuando devido a ambos ‘padrões de consumo e produção insustentáveis’ (incluindo o alto consumo de recursos em países ricos e entre os grupos mais afortunados de todos os países) e fatores demográficos como o rápido crescimento populacional, a distribuição da população e a migração”¹⁷.

¹³ O termo foi inicialmente proposto por Sir Charles Lyell em 1833, e adotado pelo Congresso Internacional de Geologia em Bologna em 1885. Disponível em: <<http://www.igbp.net/news/opinion/opinion/haveweenteredtheanthropocene.5.d8b4c3c12bf3be638a8000578.html>>, acesso em outubro/2017.

¹⁴ Tradução Livre. WWF. **Living Planet Report 2006**. Disponível em: <http://assets.panda.org/downloads/living_planet_report.pdf>, acesso em outubro/2017.

¹⁵ VIOLA, Eduardo; BASSO, Larissa. **O sistema internacional no Antropoceno**: o imperativo da governança global e de um novo paradigma geopolítico. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v31n92/0102-6909-rbcsoc-3192012016.pdf>>, acesso em outubro/2017.

¹⁶ ROCKSTRÖM, J., et al. A safe operating space for humanity. **Nature**, 2009, 461, p. 472-475. Disponível em: <<https://pubs.giss.nasa.gov/abs/ro02010z.html>>, acesso em outubro/2017.

¹⁷ UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). **State of World Population 2004**: The cairo consensus at ten: population, reproductive health and the global effort to end poverty. Disponível em <http://www.unfpa.org/swp/2004/pdf/en_swp04.pdf>.

Sobre o modelo econômico e suas consequências, importante registrar que a própria ideia de desenvolvimento deve ser avaliada com atenção. O “desenvolvimentismo” ou “consumismo” recebem fortes críticas, destacando-se a provocadora tese do sociólogo francês Serge Latouche¹⁸: “Um certo modelo de sociedade de consumo acabou. Agora, o único caminho para a abundância é a frugalidade, pois permite satisfazer todas as necessidades sem criar pobreza e infelicidade”¹⁹.

É necessário reconhecermos que as atuais ações humanas, que impactam na Terra de forma irreversível, são incompatíveis com a sustentabilidade ambiental.

Nos dizeres de Édis Milaré²⁰:

Não pode haver dúvida de que o Planeta está gravemente enfermo e com suas veias abertas. Se a doença chama-se degradação ambiental, é preciso concluir que ela não é apenas superficial: os males são profundos e atingem as entranhas mesmas da Terra. Essa doença é, ao mesmo tempo, epidêmica, na medida em que se alastra por toda parte; e é endêmica, porquanto está como que enraizada no modelo de civilização em voga, na sociedade de consumo e na enorme demanda que exercemos sobre os sistemas vivos, ameaçados de exaustão.

O Antropoceno é, pois, insustentável. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer²¹ discorrem: “que a existência (e não apenas a dignidade) humana encontra-se ameaçada pela crise ambiental, constitui dado de há muito reconhecido”, até mesmo porque “o atual estágio do conhecimento humano alterou significativamente a relação de forças existente entre ser humano e Natureza”²².

acesso em outubro/2017.

¹⁸ Serge Latouche é professor emérito de ciências econômicas da Universidade de Paris-Sud e universalmente conhecido como o profeta do decrescimento feliz ou da teoria do decrescimento.

¹⁹ A referência ao autor francês foi retirada do artigo: Justiça Ambiental e a Violação dos Direitos Humanos Socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo, no qual os autores Ricardo Stanziola Vieira e Roberta Oliveira Lima citam um trecho muito interessante do pensamento de Latouche: “Eu falo de ‘abundância’ no sentido atribuído à palavra pelo grande antropólogo norte-americano Marshall Sahlins no seu livro *Economia da Idade da Pedra*. Sahlins demonstra que a única sociedade da abundância da história humana foi a do paleolítico, porque então os homens tinham poucas necessidades e podiam satisfazer todas elas com apenas duas ou três horas de atividade por dia. O resto do tempo era dedicado ao jogo, à festa, ao estar juntos. Quer dizer que não é o consumo que faz a abundância? Na realidade, precisamente por ser uma sociedade de consumo, a nossa sociedade não pode ser uma sociedade de abundância. Para consumir, deve-se criar uma insatisfação permanente. E a publicidade serve justamente para nos deixar descontentes com o que temos para nos fazer desejar o que não temos. A sua missão é nos fazer sentir perenemente frustrados. Os grandes publicitários gostam de repetir que uma sociedade feliz não consome. Eu acredito que pode haver modelos diferentes. Por exemplo, eu não defendo a austeridade, mas sim a solidariedade, esse é o meu conceito-chave. Que também prevê o controle dos mercados e o crescimento do bem-estar”. VIEIRA, Ricardo Stanziola; LIMA, Roberta Oliveira. Justiça ambiental e a violação dos direitos humanos socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo. In SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Constitucionalismo ambiental e sustentabilidade**: [recurso eletrônico]. – Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>, acesso em outubro/2017.

²⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 9. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 46.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 47.

Aliás, já destacara José Joaquim Gomes Canotilho que “se as gerações atuais continuarem a utilizar o meio ambiente sem a adoção de medidas restritivas, tal conduta acabara por comprometer, de forma irreversível os interesses ambientais das gerações futuras”²³.

1.2 Sustentabilidade no Antropoceno

A Sustentabilidade, trazida ao seu conceito básico, revela a ideia de um equilíbrio físico entre a sociedade e o ambiente natural e a convoca para um desenvolvimento baseado na Sustentabilidade Ecológica a fim de atender as necessidades das pessoas que vivem hoje e no futuro.

Porém, como dito anteriormente, não há dúvida que estamos vivendo uma crise mundial de múltiplas dimensões (ambiental, social, econômica, ética, política)²⁴.

A reação ao quadro desigual e injusto encontrado começou a ser enfrentada de forma consistente pela ONU quando, no ano 2015, foi lançado um movimento ousado (ou utópico, para alguns), objetivando transformar o mundo.

A ONU apresentou à humanidade uma oportunidade histórica e sem precedentes para reunir os países e a população global e decidir sobre novos caminhos, melhorando a vida das pessoas em todos os lugares. O desafio atual é acabar com a pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar a todos, proteger o meio ambiente e enfrentar as mudanças climáticas.

As ações tomadas em 2015 resultaram nos novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS²⁵, que se basearam nos 08 (oito) Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM.

²³ LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (orgs.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47.

²⁴ Em a parte a crise decorre da ideologia neoliberal, que sustenta como uma necessidade a redução do estado ao mínimo, com a privatização de todos os serviços públicos, a desregulação das relações laborais, a limitação dos sindicatos, a destruição do estado-providência. Na avaliação de Avelã Nunes, esta lógica, que “aponta para aniquilação do estado-nação, a paralisia da política, a morte da política econômica, constitui um perigo para a democracia. Sem entidades nacionais responsáveis, a quem podem pedir contas os cidadãos eleitores? A prestação de contas – que é a pedra de toque da democracia – só exigível a quem tem meios de para governar responsavelmente”. AVELÃ NUNES, Antônio Jose. **As Voltas que o Mundo Dá...**: Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 127.

²⁵ Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos,

As Nações Unidas trabalharam junto aos governos, sociedade civil e outros parceiros para aproveitar o impulso gerado pelos ODM e levar à frente uma ambiciosa agenda de desenvolvimento pós-2015.

Essa agenda reflete os novos desafios de desenvolvimento e está ligada ao resultado da Rio+20 – a Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável – que foi realizada em junho de 2012 no Rio de Janeiro/Brasil.

Na avaliação de Bosselmann, o conceito de Desenvolvimento Sustentável deve ser firmado com essa ideia original preservada, uma vez que “entendido dessa forma, o conceito fornece conteúdo e direção. Ele pode ser usado na sociedade e executado por meio do Direito”²⁶.

Por outro lado, critica Mendes ao aduzir que “apesar da propositura de uma agenda de ações para conter os efeitos da devastação ambiental em escala global, a questão fora abordada a partir de uma perspectiva antropocêntrica, ou seja, foi desconsiderada toda a cadeia ecológica e o homem fora colocado como centro da atividade no planeta”²⁷.

2. A ESPERANÇA DO ECOCENO

Conscientes da irreversibilidade dos efeitos dos seres humanos sobre a Terra, urge transcender o pensamento, como fez Beck, e construir uma nova ótica sobre a presença e os efeitos da existência dos seres humanos no planeta, que não dispõe mais de recursos ilimitados.

A proteção ao Meio Ambiente, além de se consubstanciar em verdadeiro direito humano fundamental, é impositiva como forma de garantia da perpetuação de qualquer forma de vida na Terra, inclusive a dos seres humanos.

Ao conjugar os pensamentos de Beck e Bosselmann apontados, impossível deixar de lembrar da proposta do Constitucionalismo Ambiental Global de James May e Erin Daly como marco para a definitiva vinculação da proteção ambiental aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade

dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; ºObjetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; ºObjetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis ºObjetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/>, acesso em abril/2017.

²⁶ BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: Transformando direito e Governança. Tradução Phillip Gil França. Título original: *The Principle of sustainability: transforming law and governance*. São Paulo: RT, 2015, p. 28.

²⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.

humana.

Considerando o Mundo em Metaformose em que vivemos, de modo que a deturpação de um ecossistema de um local específico tem o potencial de afetar a população do mundo todo, reconhecemos a necessidade de superar a atual era, mediante esforços globais, rumo ao Ecoceno.

É justamente o que propôs Leonardo Boff²⁸ em recente trabalho:

O imperativo categórico é que urge mudar a nossa relação para com a natureza e a Terra. **Não dá mais para considerá-la um balcão de recursos que podemos dispor ao nosso bel-prazer, mormente, visando a acumulação privada de bens materiais. A Terra é pequena e seus bens e serviços limitados.** Cumpre produzir tudo o que precisamos, não para um consumo desmedido mas com uma sobriedade compartilhada, respeitando os limites da Terra e pensando nas demandas dos que virão depois de nós. A Terra pertence a eles e a tomamos emprestado deles para devolver-la enriquecida.

Como se depreende, releva enfatizar que temos que inaugurar o contra-ponto à era do antropoceno que é a era do ecoceno. Quer dizer: a preocupação central da sociedade não será mais o desenvolvimento/crescimento sustentável mas a ecologia, o ecoceno, que garantem a manutenção de toda a vida. A isso deve servir a economia e a política.

Sob este viés, considerando que o Direito é um reflexo da própria sociedade que o compõe, entendemos que este deve exercer o papel protagonista na conversão da crise global sócio ecológica que estamos testemunhando²⁹.

Sarlet e Fensterseifer³⁰ já prescreveram:

Assim como outrora a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional estiveram comprometidos com a afirmação, na ordem da evolução, dos valores liberais e sociais (valores que, embora em contexto e com sentido revisto e reconstruído seguem incorporados à agenda constitucional), hoje a proteção e promoção do ambiente desponta como novo valor constitucional, de qual sorte que, de acordo com a expressão cunhada por Pereira da Silva, se pode falar de um “esverdear” da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, bem como da ordem jurídica como um todo.

Justa e precisa, neste momento, é a lição no sentido de que “a proteção do ser humano é a proteção da natureza e vice-versa [...] entendemos vital tal religação, identificando o ser humano como mais um elemento na cadeia da vida”³¹.

²⁸ BOFF, Leonardo. **A era geológica do antropoceno versus a do ecoceno**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/leonardo-boff/noticias/2017/10/01/a-era-geologica-do-antropoceno-versus-a-do-ecoceno/>>, acesso em setembro/2017.

²⁹ MENDES, Luís Marcelo. O constitucionalismo ambiental como mecanismo regulador do equilíbrio socioambiental para as gerações presentes e futuras, p. 135/142: *“Assim, com vistas a resguardar nossa biodiversidade e promover um desenvolvimento que assegure o direito ao meio ambiente sadio e o equilíbrio socioambiental para gerações presentes e futuras faz-se necessário a concretização dos dispositivos constitucionais que resguardam a ordem ambiental. Dessa maneira, o Direito Constitucional exerce papel de protagonista na proteção da biodiversidade contra a exploração imposta pelo mercado a partir da inserção gradual de preceitos que visam tutelar a questão ambiental dentro das cartas constitucionais brasileiras no decorrer da nossa história”*.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 51.

Para os referidos autores, no melhor caminho jurídico para a proteção ecológica devem ser mesclados fundamentos de matriz “antropocêntrica” e “ecocêntrica”.

Neste sentido, descreve Kotzé que o Antropoceno exige uma fundamental reorientação e reestruturação das nossas instituições para melhores e mais eficazes sistemas de governança e administração planetária, inclusive explorando novos territórios tais como os direitos ambientais no contexto constitucional global³².

3. O CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL

A abordagem constitucional-ambiental experienciada Sarlet e Fensterseifer, conforme apontada pelos mesmos, representa uma “virada ecológica” na concepção dos direitos fundamentais³³:

[...] e também no próprio princípio da dignidade da pessoa humana (a partir de sua dimensão ecológica e mesmo da atribuição da dignidade para além da fronteira humana) imporá fortes restrições ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais e sociais), mas sempre buscando assegurar a integralidade, indivisibilidade e interdependência que caracterizam o regime jurídico jusfundamental. Trata-se de uma abordagem conciliatória e integradora da vida humana.

Não há dúvidas, não há divergências, o consenso é: viver em um ambiente equilibrado e estável é um direito humano, de modo que a qualidade do ambiente se apresenta como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar.

Ora, a proteção ambiental, em última instância, destina-se a garantir um contexto ambiental favorável para a promoção do direito à dignidade da vida e da pessoa humana (desta e das gerações futuras).

Este dever de responsabilidade vem implicando a agregação da dimensão ecológica às constituições, sendo possível destacar “o surgimento de um constitucionalismo socioambiental (ou ecológico, como preferem alguns) – ou, pelo menos, da necessidade de se construir tal noção”³⁴.

Todo este “esverdeamento de constituições” denota a adoção do princípio da solidariedade, pilar dos direitos fundamentais de terceira geração, como guardião dos direitos fundamentais de todas as dimensões diante dos riscos a que estamos sendo expostos na presente sociedade em

³² KOTZÉ, Louis J. **Global environmental constitutionalism in the anthropocene**. Hart Publishing: Oregon, 2016, p. 39.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 51/52.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 63.

Metamorfose.

Para Souza³⁵:

O paradigma ecológico, que domina as preocupações ambientais contemporâneas e que resulta da percepção do ambiente como um sistema, corresponde ao paradigma das ciências que, considerando a Sociedade humana como um sistema de comunicações sociais e não como um somatório de indivíduos, tende a ver no direito mais do que um conjunto de regras de conduta, mas um sistema de ações e comunicações funcionalmente diferenciado.

Para Sarlet e Fensterseifer³⁶ os “direitos de solidariedade se encontram atrelados à ideia de direitos-deveres, de modo a reestruturar e reconstruir o tratamento normativo dispensados aos deveres fundamentais em face dos direitos fundamentais”, até porque representam uma melhoria da qualidade de vida em geral.

Neste contexto, a responsabilidade pela tutela ecológica é destinada não somente ao Estado, mas aos particulares para a consecução do objetivo comum, já que possuem o direito de usufruir do ambiente sadio, mas também tem o dever de contribuir para essa manutenção.

Tudo conduzindo ao reconhecimento de que uma estrutura normativa constitucional-ambiental representa a transcendência dos Direitos Ambientais.

3.1 Constitucionalismo Ambiental Global

Os direitos ambientais, na visão de May e Daly, devem ser decorrem da preocupação do ser humano com sua própria “autopreservação” e “autoperpetuação”, de modo que, por tão básicos, nem sequer precisam ser escritos na Constituição, supondo-se que existem desde sempre³⁷.

Incorporam o reconhecimento de que o ambiente é um tema impositivo para proteção pelos textos constitucionais e para a reivindicação pelos tribunais constitucionais em todo o mundo, e explicam que o Constitucionalismo Ambiental é um fenômeno relativamente recente na confluência de Direito Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos e Direitos Ambientais.

Ao examinar as tendências, sugerem que o Constitucionalismo Ambiental é uma ferramenta

³⁵ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. **Por um novo modelo de Estado de Direito Ambiental**, p. 131.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**.

³⁷ MAY, James R.; DALY, Erin. **Global environmental constitutionalism**. New York: Cambridge University Press: 2016, p. 01: “Such a right belongs to a different category of rights altogether for it concerns nothing less than self-preservation and self-perpetuation...the advancement of which may even be said to predate all governments and constitutions. As a matter of fact, these basic rights need not even be written in the Constitution for they are assumed to exist from the inception of humankind”.

importante para avançar nos propósitos duais de promover a proteção ambiental e assegurar os direitos humanos, seja mediante a atualização dos cadernos legislativos, seja por meio dos Tribunais em exercício nas nações.

Em relação à atualização das legislações, além daquelas destacadas pelos autores, o pesquisador Kotzé descreve que há pouca divergência nos dias de hoje sobre a necessidade e importância de instituir provisões para a proteção ambiental ao nível constitucional³⁸.

Como efetivamente podemos testemunhar, mais de 100 (cem) países contêm cláusulas de proteção ambiental nas suas constituições e não há notícias de qualquer Constituição recentemente promulgada que omita a questão.

Assim como já propuseram diversos cientistas, dentre os quais destacamos neste trabalho o pesquisador Ulrich Beck, os referidos autores norte-americanos descreveram:

À medida que as sociedades em todo o mundo evoluem a um ritmo cada vez mais rápido, os tribunais enfrentam cada vez mais problemas de primeira impressão, quais sejam os problemas que se resolvem menos pelo recurso à própria história e às origens constitucionais de cada país do que **à experiência e à razão contemporâneas**.

É improvável que a prática passada de uma única nação guie o julgamento de um tribunal no que diz respeito à diminuição da privacidade, à ameaça do terrorismo ou, especialmente, aos desafios da degradação ambiental e das alterações climáticas. **Estes desafios devem ser respondidos por referência às melhores práticas entre as nações**. E o desenvolvimento da Internet - com fácil acesso em múltiplas línguas a fontes jurisprudenciais primárias e secundárias de todo o mundo - tem facilitado esta pesquisa. (grifamos - tradução livre)³⁹

O pesquisador Louis J. Kotzé ressalta que se nos atentarmos que a “lei” não somente está profundamente implicada nos sistemas que causaram o fim do Holoceno, mas também é central para as reformas necessárias para lidar com o Antropoceno, nos permitiremos admitir uma abertura do discurso jurídico em geral e da ordem mundial a outros entendimentos das mudanças ambientais a nível global (como o Antropoceno) e a maneiras de mediar essas mudanças⁴⁰.

³⁸ KOTZÉ, Louis J. **Global environmental constitutionalism in the anthropocene**, p. 39.

³⁹ MAY, James R.; DALY, Erin. **Global environmental constitutionalism**, 2016: “As the societies around the world evolve at an ever-faster rate, courts are increasingly faced with problems of first impression, problems that are answerable less by recourse to each country’s own history and constitutional origins than to contemporary experience and reason. A single nation’s own past practice is unlikely to guide a court’s judgment with regard to diminishing privacy, or the threat of terrorism, or, especially, to the challenges of environmental degradation and climate change. These challenges must be answered by reference to the best practices among nations. And the development of the internet – with ready access in multiple languages to primary and secondary jurisprudential sources from around the world – has facilitated this research”.

⁴⁰ KOTZÉ, Louis J. **Global environmental constitutionalism in the anthropocene**: “realising that law ‘is deeply implicated in the systems that have caused the end to the Holocene, and at once is central also to the reforms needed to cope with the emerging Anthropocene’, allows an opening up, as it were, of hitherto prohibitive closures in the law, of the legal discourse more generally and of the world order that the law seeks to maintain, to other understandings of global environmental change (as the

3.2 O Constitucionalismo comparativo como força propulsora para a proteção global do Meio Ambiente

Não nos descuramos de que as soluções aos problemas ambientais são mais suscetíveis de serem implementadas localmente, contudo o constitucionalismo comparativo permite que se mantenha um olho na generalidade dos casos, enquanto se aprecia o contexto local de cada um.

Os Tribunais há muito vêm reconhecendo que a poluição pode afetar a saúde individual e a social: a falta de água pode diminuir as oportunidades das crianças frequentarem a escola; as alterações climáticas podem produzir refugiados ambientais; a exploração irresponsável dos recursos naturais pode devastar culturas inteiras; e, como sugerem as guerras de água da década de 1990 na Bolívia, a incapacidade de equilibrar as necessidades ambientais e humanas pode até ameaçar o Estado de Direito e a governabilidade democrática.

Segundo as anotações de May e Daly, o constitucionalismo comparado é de tal utilidade, tão inquestionável, que nem os estudiosos nem os juízes normalmente veem a necessidade de justificá-lo. Nos Estados Unidos da América, é destacada a prática: desde a sua criação, a Suprema Corte tem olhado para a experiência ou lei de outras nações para “insight” e orientação. Embora todos os membros da corte mencionada o façam, as preocupações levantadas no debate norte-americano (de que a prática ameaça a soberania e superioridade em questões constitucionais, por exemplo) não parecem ser problemáticas em outros lugares.

É amplamente aceito que o constitucionalismo comparativo contribui para o desenvolvimento de um corpo de melhores práticas⁴¹.

Nas questões afetas aos Direitos Ambientais, considera-se que, tal qual os Direitos Humanos, como surgiram no nível internacional, não há incompatibilidade entre as normas ambientais de uma nação e as da comunidade global. Os pesquisadores asseveram que desenvolver os primeiros, portanto, pode muito bem beneficiar o último, e vice-versa.

Anthropocene) and ways to mediate this change”.

⁴¹ MAY, James R.; DALY, Erin. **Global environmental constitutionalism**: “Comparative constitutionalism is of such unquestioned utility that neither scholars nor judges typically see the need to justify it. Within the United States, the debate rages both on and off the bench, but it is a mostly rhetorical debate: since its inception, the Supreme Court has looked to the experience or law of other nations for insight and guidance, and all the members of the current Supreme Court have done so, including those most vociferously against the practice. The concerns raised in the American debate – that it threatens American sovereignty and superiority in constitutional matters, or that it allows for cherry-picking, or that it evinces an implicit progressive bias – seem largely unproblematic elsewhere. It is widely accepted that comparative constitutionalism contributes to the development of a body of best practices”.

Como cada nação está agora implementando um conjunto comum de princípios e valores ambientais derivados de acordos e convenções internacionais, as comparações entre experiências nacionais provavelmente revelarão lições relevantes e valiosas⁴².

3.3 O Constitucionalismo Ambiental Global de Kotzé no antropoceno

Já no início de sua obra o autor descreve sua preocupação ao questionar até que ponto esse Constitucionalismo Ambiental poderia ultrapassar os entendimentos tradicionais de Estado Constitucional. Ainda não está claro se existem elementos nas constituições capazes de sustentar um regulamento para a proteção ambiental na esfera global, como os Estados poderiam fazer isso e se deveriam fazê-lo com vistas a responder a atual crise global sócio ecológica do Antropoceno.

Ciente de que o “Constitucionalismo Global” é o termo du jour, o pesquisador aponta as diversas preocupações com o tema, cujos debates incluem: se o constitucionalismo global poderia servir como limitador de um poder local; como seria a criação de instituições para a governança global; se uma governança global seria legitimada por meio de uma Constituição Global; como seria a regulamentação do poder das instituições globais e a instalação dessa regulamentação; se seria possível o desenvolvimento de uma lei maior ou uma Constituição capazes de submeter e criar responsabilidade para todos os envolvidos, sejam Estados ou particulares; se seria necessária a existência de um sistema de valores universais baseados em direitos fundamentais, etc.

No tocante ao tema em voga, sem se descuidar das preocupações citadas, menciona que o Constitucionalismo Ambiental Global, numa perspectiva normativa, implica numa estrutura legal conceitual que guie a interpretação, o desenvolvimento e as reformas legais e políticas necessárias para além dos Estados em relação ao Meio Ambiente.

O Constitucionalismo Global Ambiental reafirmaria ainda o objetivo de refletir melhor o compromisso com os padrões constitucionais de ordem superior em que os regimes regulatórios são inexistentes ou deficientes para institucionalizar e cumprir adequadamente os compromissos normativos ambientais e as obrigações éticas de uma sociedade em relação à proteção ambiental.

⁴² MAY, James R.; DALY, Erin. **Global environmental constitutionalism**: “Since environmental law, like human rights law, emerged at the international level, there is no inherent incompatibility between the environmental norms of a nation and those of the global community. Developing the former, therefore, may well benefit from attention to the latter, and vice versa. Because each nation is now implementing a common set of environmental principles and values derived from international agreements and conventions, comparisons among national experiences are likely to reveal relevant and valuable lessons”.

O pesquisador ainda atesta que considerando uma potencial alteração de paradigma, o desenvolvimento de uma estrutura conceitual normativa para o Constitucionalismo Ambiental Global deverá ocorrer dentro do contexto analítico do Antropoceno e sua imagem de uma crise sócio ecológica global.

Enquanto os debates se acirram, surgem cada vez mais oportunidades de se implantar uma mentalidade jurídico-constitucional-ambiental, especialmente no contexto global, diante da realidade da sociedade de consumo em que vivemos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta exposição, é possível compendiar algumas das principais ideias desenvolvidas, nas seguintes proposições:

I) O fenômeno da globalização e o atual modelo de consumo são responsáveis pela explosão das desigualdades sociais, da precarização nas condições de vida dos indivíduos e pela degradação irreversível do meio ambiente;

II) Com o advento de uma nova era, o Antropoceno, reconhecemos que as ações humanas impactam nos recursos provenientes do Planeta de forma impensada e sem qualquer atenção ao resguardo dos direitos humanos fundamentais.

A nova realidade da era antropocêntrica, caracterizada pela centralidade das ações humanas sobre a base físico-química da Terra e sobre as mudanças ambientais globais são incompatíveis com a Sustentabilidade Ambiental;

III) A proteção ao Meio Ambiente, além de se consubstanciar em verdadeiro direito humano fundamental, é impositiva como forma de garantia da perpetuação de qualquer forma de vida na Terra, inclusive a dos seres humanos.

Considerando o Mundo em Metaformose em que vivemos, de modo que a deturpação de um ecossistema de um local específico tem o potencial de afetar a população do mundo todo, reconhecemos a necessidade de superar a atual era, mediante esforços globais, rumo ao Ecoceno.

Considerando que o Direito é um reflexo da própria sociedade que o compõe, entendemos que este deve exercer o papel protagonista na conversão da crise global sócio ecológica que estamos testemunhando. A abordagem constitucional-ambiental experimentada por Ingo Wolfgang

Sarlet e Tiago Fensterseifer, conforme apontada pelos mesmos, representa uma “virada ecológica” na concepção dos direitos fundamentais;

IV) O “esverdeamento de constituições” denota a adoção do princípio da solidariedade, pilar dos direitos fundamentais de terceira geração, como guardião dos direitos fundamentais de todas as dimensões diante dos riscos a que estamos sendo expostos na presente sociedade em Metamorfose;

V) A proposta do Constitucionalismo Ambiental Global de James May e Erin Daly pode servir como marco para a definitiva vinculação da proteção ambiental aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana. Para os quais os Direitos Ambientais devem ser interpretados de forma diversa, porque decorrem justamente da preocupação do ser humano do que sua própria “autopreservação” e “autoperpetuação”, de modo que, por tão básicos, nem sequer precisam ser escritos na Constituição, supondo-se que existem desde sempre;

VI) O Constitucionalismo Ambiental é uma ferramenta importante para avançar nos propósitos duais de promover a proteção ambiental e assegurar os direitos humanos, seja mediante a atualização dos cadernos legislativos, seja por meio dos Tribunais em exercício nas nações.;

VII) Nas questões afetas aos Direitos Ambientais, considera-se que, tal qual os Direitos Humanos, como surgiram no nível internacional, não há incompatibilidade entre as normas ambientais de uma nação e as da comunidade global.

Como cada nação está agora implementando um conjunto comum de princípios e valores ambientais derivados de acordos e convenções internacionais, as comparações entre experiências nacionais provavelmente revelarão lições relevantes e valiosas;

VIII) Embora ainda não esteja claro se existem elementos nas constituições capazes de sustentar um regulamento para a proteção ambiental na esfera global ou como os Estados poderiam fazer isso, o Constitucionalismo Ambiental Global, numa perspectiva normativa, implica numa estrutura legal conceitual que guie a interpretação, o desenvolvimento e as reformas legais e políticas necessárias para além dos Estados em relação ao Meio Ambiente, com vistas a responder a atual crise global sócio ecológica do Antropoceno.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AVELÃ NUNES, Antônio Jose. **As Voltas que o Mundo Dá...**: Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECK, Ulrich. **La metamorfosis del mundo**. Trad. Fernando Borrajo Castanedo. Polity Press Ltd. Cambridge e Barcelona: Espasa Libros, 2017.

BOFF, Leonardo. **A era geológica do antropoceno versus a do ecoceno**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/leonardo-boff/noticias/2017/10/01/a-era-geologica-do-antropoceno-versus-a-do-ecoceno/>>, acesso em setembro/2017.

BOSELMMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: Transformando direito e Governança. Tradução Phillip Gil França. Título original: *The Principle of sustainability: transforming law and governance*. São Paulo: RT, 2015.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol**: o que a globalização está fazendo de nós. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação frente aos desafios da globalização. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, nov. 1995.

KOTZÉ, Louis J. **Global environmental constitutionalism in the anthropocene**. Hart Publishing: Oregon, 2016.

LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAY, James R.; DALY, Erin. **Global environmental constitutionalism**. New York: Cambridge University Press: 2016.

MENDES, Luís Marcelo. O constitucionalismo ambiental como mecanismo regulador do equilíbrio socioambiental para as gerações presentes e futuras. **REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global** – www.ufsm.br/redesg v. 3, n. 1, jan-jun/2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 9. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROCKSTRÖM, J., W. Steffen, K. Noone, Å. Persson, F.S. Chapin, III, E.F. Lambin, T.M. Lenton, M. Scheffer, C. Folke, H.J. Schellnhuber, B. Nykvist, C.A. de Wit, T. Hughes, S. van der Leeuw, H. Rodhe, S. Sörlin, P.K. Snyder, R. Costanza, U. Svedin, M. Falkenmark, L. Karlberg, R.W. Corell, V.J. Fabry, J. Hansen, B. Walker, D. Liverman, K. Richardson, P. Crutzen, and J.A. Foley. A safe operating space for humanity. **Nature**, 2009, 461, p. 472-475. Disponível em: <<https://pubs.giss.nasa.gov/abs/ro02010z.html>>, acesso em outubro/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 5. ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2017.

SILVA ADOLFO, Luiz Gonzaga. **Globalização e estado contemporâneo**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. Por um novo modelo de Estado de Direito Ambiental. *In*: ESPÍRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). **State of World Population 2004**: The cairo consensus at ten: population, reproductive health and the global effort to end poverty. Disponível em <http://www.unfpa.org/swp/2004/pdf/en_swp04.pdf>, acesso em outubro/2017.

VIEIRA, Ricardo Stanziola; LIMA, Roberta Oliveira. Justiça ambiental e a violação dos direitos humanos socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo. *In* SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Constitucionalismo ambiental e sustentabilidade**: [recurso eletrônico]. – Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>, acesso em outubro/2017.

VIOLA, Eduardo; BASSO, Larissa. **O sistema internacional no Antropoceno**: o imperativo da governança global e de um novo paradigma geopolítico. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v31n92/0102-6909-rbcsoc-3192012016.pdf>>, acesso em outubro/2017.

WWF. **Living Planet Report 2006**. Disponível em: <http://assets.panda.org/downloads/living_planet_report.pdf>, acesso em outubro/2017.

COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A SOLUÇÃO MEDIANTE PONDERAÇÃO E A NECESSIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Adriane Guasque¹

INTRODUÇÃO

Partindo-se do alerta feito por Marcelo Buzaglo Dantas, na sua obra intitulada *Direito Ambiental de Conflitos*, de que as decisões judiciais por ele analisadas na referida obra não fizeram menção ao sopesamento feito entre os princípios colidentes e tampouco recorreram à argumentação jurídica, muito embora versassem sobre conflitos de interesses nos quais havia colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e um outro princípio também previsto na Constituição Federal, pretende-se demonstrar o quão importante revela-se este alerta, diante da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, em especial nos casos acima mencionados.

Nestes conflitos de interesses, que não podem ser solucionados através de um raciocínio lógico-dedutivo a partir de uma regra jurídica pré-existente, é que a motivação, e consequente exposição das razões e dos argumentos articulados pelo julgador, se faz ainda mais importante.

Com o objetivo citado, a hipótese a ser discutida diz respeito à necessidade de, diante de um litígio que se caracteriza pela colisão de princípios constitucionais, no qual a subsunção se mostra inadequada, é necessário, antes de tudo, tentar harmonizar os princípios colidentes e, se a tentativa restar frustrada, partir-se para o juízo de ponderação do grau de importância e do peso de cada um dos princípios contrapostos, deve ser feito com a aplicação da máxima da proporcionalidade, para se definir qual princípio deve prevalecer no caso concreto. Outra hipótese a ser discutida é a necessidade de se recorrer à argumentação jurídica como mecanismo capaz de promover a correção e outorgar legitimidade e racionalidade à decisão judicial que se valeu da ponderação entre princípios constitucionais em colisão.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Pós-Graduada em Direito Contemporâneo e suas Instituições Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos – IBEJ e em Direito Processual pelo Centro Avançado de Especialização e Desenvolvimento de Recursos Humanos Assessorias Técnica e Jurídica – CAEDRHS e pelo Instituto Superior do Litoral do Paraná – ISULPAR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Advogada. Florianópolis – SC – Brasil. E-mail: adriane@guasque.adv.br

Para tanto, o primeiro item tratará dos denominados casos difíceis, nos quais ocorre a colisão de princípios constitucionais. No segundo item, por sua vez, será analisado o juízo de ponderação com a máxima da proporcionalidade. E, por último, o terceiro item se referirá sobre a argumentação jurídica, como mecanismo necessário e de extrema importância, não só teórica, mas também prática, principalmente nas decisões judiciais dos casos difíceis.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se a modalidade de pesquisa bibliográfica e o método de abordagem indutivo.

1. COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dentre os ensinamentos do Professor Marcelo Buzaglo Dantas, na obra intitulada *Direito Ambiental de Conflitos*, um alerta do autor chama a atenção: na solução dos casos concretos analisados na referida obra, nos quais ocorreu a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e um outro princípio também constante da Constituição Federal, o Poder Judiciário acabou “por realizar o sopesamento entre os direitos colidentes, sem, contudo, fazer menção expressa a esta circunstância” e, mais, “não houve, em tais casos, o recurso à teoria da argumentação jurídica, como seria curial, especialmente nos casos de impasse”².

Embora o autor tenha salientado que este fato não retira a importância dos casos analisados, este alerta demonstra a necessidade da análise da motivação das decisões judiciais, em especial, das que solucionam litígios em que há colisão entre princípios e garantias constitucionais, a qual, como alertado, não ocorre como deveria.

1.1 Os denominados “casos difíceis”

Os casos concretos que não podem ser solucionados através de um raciocínio lógico-dedutivo a partir de uma regra jurídica pré-existente, ou melhor, nas hipóteses em que o raciocínio tradicional da subsunção não se mostra adequado e suficiente, é que a motivação, e consequente exposição das razões e dos argumentos articulados pelo julgador, se faz ainda mais importante.

O que se pretende, neste texto, é a análise da necessidade e da importância da motivação

² DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de Conflitos*: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 138.

das decisões judiciais que solucionam os denominados “casos difíceis”, em especial aos que se caracterizam pela colisão de princípios constitucionais. Todavia, não é demais salientar que, mesmo nos casos tidos como fáceis, a fundamentação das decisões, com demonstração da articulação dos argumentos utilizados para a mesma pelo julgador, também é obrigatória e vale, aqui, trazer os ensinamentos de Orlando Luiz Zanon Júnior³:

Mesmo em casos fáceis, quando já pacificadas ambiguidades e afastadas lacunas (anomia) e contradições (antinomias), ainda assim a tomada de decisão não se resolve apenas mediante a interpretação de um Texto legal isoladamente para a construção de uma Regra aplicável por subsunção, mas sim através da articulação de argumentos, com graus de eficácia diferente, para a formulação de uma Norma Jurídica resolutiva.

Sendo assim, antes de iniciar a análise da solução dos litígios nos quais há colisão entre princípios constitucionais, é importante esclarecer quando um caso concreto se caracteriza como um caso difícil e quando ocorre a colisão mencionada.

Os casos qualificados como difíceis são aqueles que não podem ser solucionados pelo silogismo jurídico ou “simples” subsunção, ou seja, do enquadramento do fato concreto a uma norma abstrata preexistente e determinada, não se extrai a consequência jurídica prescrita pelo sistema legal vigente. Este fato ocorre porque há, nestas situações, peculiaridades que impedem que essa operação seja realizada. Assim é que pode ser difícil certificar a existência de uma regra no ordenamento jurídico capaz de ser utilizada como premissa maior⁴ ou não se consegue identificar com nitidez qual é essa regra, ou, ainda, pode existir mais de uma regra aplicável ao caso *sub judice* ou diversas consequências jurídicas de uma mesma regra são possíveis. Pode ocorrer, também, casos nos quais há incerteza ou ambiguidade nas expressões ou na aplicação de uma regra do sistema jurídico ou, até, que a solução encontrada pelo Poder Judiciário cause extrema estranheza à sociedade. Todas essas hipóteses são tidas como casos complexos, demonstram que o silogismo jurídico perde sua força como método de compreensão e aplicação do Direito e exigem, além dele, a estruturação racional dos argumentos que irão fundamentar a decisão do julgador.

O método tradicional da subsunção ainda continua atualmente a desempenhar um papel relevante, porém nem sempre adequada e suficiente. Portanto, para a solução dos casos difíceis é

³ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Formas jurígenas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, vol. 8, n. 3, Set./Dez., 2016, p. 305. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.83.04/5731>>. Acesso em: 16 Set. 2017.

⁴ Esta hipótese é pouco provável que ocorra no Brasil, visto que são raros os casos em que não há regra aplicável ao caso sob julgamento e, mesmo que isso ocorra, o próprio sistema jurídico soluciona a questão determinando que o julgador recorra aos costumes, à analogia e aos princípios gerais de direito.

necessário ir além do texto positivado.

1.2 Ocorrência de colisão entre princípios constitucionais

Conforme mencionado, para se solucionar os casos difíceis é preciso extrapolar os limites do ordenamento jurídico positivado. Assim é que ocorre a valorização dos princípios jurídicos, sua incorporação pelo texto constitucional e o reconhecimento de que são capazes de fundamentar uma decisão jurídica.

Importante salientar, como nos ensinam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, que “na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica”⁵ e assim o fizeram, visto que “a dogmática moderna avaliza o entendimento que de as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”. Robert Alexy afirma que “como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fácticas”⁶. Orlando Luiz Zanon Júnior explica a inclusão dos princípios no conceito operacional de norma jurídica ao defini-la como o “resultado de um processo interpretativo, movimentado por um questionamento emergente do tecido social, que abrange a articulação das Fontes Jurídicas (não só os textos legais, mas também Princípios, precedentes judiciais, políticas etc), de acordo com as peculiaridades fácticas da controvérsia, de modo a permitir a resolução de um problema concreto”⁷.

Ocorre, porém, que podem surgir conflitos de interesses nos quais o exercício de um direito fundamental por um litigante impede o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental pelo outro litigante. Em outras palavras, podem existir litígios nos quais ambas as partes se encontrem amparadas por princípios e garantias constitucionais, de modo que o julgador precisa definir, dentre os dois princípios capazes de solucionar o conflito, qual merece ter maior peso e deve prevalecer no caso concreto. Trata-se também de um típico caso difícil, conforme ensina Luís Roberto Barroso

⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-come%C3%A7o-da-hist%C3%B3ria-nova-interpreta%C3%A7%C3%A3o-constitucional-e-o-papel-dos-princ%C3%ADpios-no-direit-1>>. Acesso em: 28 Set. 2017.

⁶ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. Título original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*. p. 162.

⁷ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Produção jurídica: positavação e aplicação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, vol. XVI, n. 112, Maio, 2013. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13179&revista_caderno=15>. Acesso em: 16 Set. 2017.

ao definir “‘*hard case*’ como aquele em que o juiz tem o poder de escolher entre duas alternativas, ambas as quais são jurídicas”⁸. Deste modo, caso difícil também é aquele onde ocorre colisão de princípios constitucionais.

A possibilidade da colisão mencionada ocorre porque não há direitos absolutos. Nem os elevados a nível constitucional têm por si só prioridade garantida, de modo que é impossível afirmar previamente qual dos princípios constitucionais irá prevalecer. A prevalência de qualquer deles pode ocorrer e somente será definida no caso concreto a ser solucionado, de acordo com as suas particularidades. Assim é que “por mais relevante que seja o direito fundamental protegido, tanto que erigido a nível constitucional, ele não está infenso a eventualmente ser superado por outro direito que se situa na mesma posição hierárquica, em um determinado caso concreto de colisão”⁹.

Conclui-se, deste modo, que é possível ocorrer colisão entre princípios constitucionais e que esta colisão só é resolvida no caso concreto e, como se verá na sequência, à luz da proporcionalidade, devendo um princípio ceder em favor do outro, o que é definido de acordo com as características do caso *sub judice*.

2. JUÍZO DE PONDERAÇÃO

Conforme mencionado, não há direitos absolutos e nem o fato de serem erigidos a nível constitucional lhes dá garantia de prioridade perante os demais direitos. Ainda, dado o princípio da unidade constitucional, não há hierarquia entre as regras e princípios constitucionais, de modo que o julgador não pode optar por um em detrimento do outro também aplicável ao caso concreto sem a argumentação necessária. Nas hipóteses de colisão entre princípios constitucionais é preciso analisar, de acordo com as características específicas do caso litigioso, qual deles deve prevalecer e qual deve ceder em favor do outro. Antes disso, porém, é preciso tentar harmonizar os princípios em conflito, conforme será mencionado na sequência.

Diante destas situações, “imprescindível a intervenção através de método capaz de garantir o alcance do resultado preciso em situações em que ocorrem referidas colisões, de modo a afastar a discricionariedade absoluta, buscando a justificativa do intérprete quando da sua decisão”¹⁰.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de Conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 41.

¹⁰ ANGELLA, Fábio Luiz. Juízo de ponderação e a colisão de princípios fundamentais. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*

2.1 Harmonização dos princípios em colisão

As alternativas que devem ser perseguidas para solucionar os conflitos de interesses quando há colisão entre princípios constitucionais são: “tentativa de harmonização, quando possível, ou, caso contrário, a ponderação, através do teste da proporcionalidade”¹¹.

Considerando-se que a Constituição Federal deve ser interpretada como um todo, não há regras e princípios mais constitucionais que outros, razão pela qual se deve buscar, antes de tudo, compatibilizar e harmonizar tais regras e princípios, de modo que todos possam ser observados, preservando-se o núcleo essencial de cada um.

Essa tentativa de harmonização dos princípios colidentes deve ocorrer para que todos possam prevalecer e incidir no caso concreto, ainda que sejam necessárias certas concessões recíprocas, evitando-se, assim, o afastamento de um em prol do outro, visto que ambos são princípios constitucionais que devem ser assegurados e protegidos.

2.2 Máxima da proporcionalidade

Não sendo possível a harmonização entre os princípios constitucionais em colisão, será preciso definir qual deles deve ser aplicado e qual deles deve ser afastado no caso concreto sob julgamento.

Importante salientar que princípios constitucionais não são incompatíveis entre si, mas são sim concorrentes, e que a colisão entre eles só pode ocorrer no nível fático. Sendo válidos ambos os princípios, eventualmente, colidentes, a prevalência de um não importa na exclusão do outro do ordenamento jurídico, mas tão somente no afastamento da sua incidência no caso concreto exclusivamente. Sendo assim, e dependendo das particularidades de cada caso *sub judice*, a solução da colisão entre mesmos princípios constitucionais pode variar, ora prevalecendo um, ora outro.

Então, repita-se, somente depois de infrutífera a tentativa de harmonização dos princípios constitucionais em colisão, parte-se para um juízo de ponderação da importância e do peso de cada um dos princípios contrapostos, para se estabelecer, no contexto de determinado caso concreto,

(RIPE). Bauru, vol. 47, n. 60, Jul./Dez., 2013, p. 162. Disponível em: <ojs.ite.edu.br/index.php/ripe/article/download/30/93>. Acesso em: 29 Set. 2017.

¹¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 46.

qual deles deve ser privilegiado e prevalecer e qual deve ser desprezado.

Esta ponderação é alcançada através da aplicação da máxima da proporcionalidade, em suas três subdimensões (fim, meio e situação): “o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”¹².

Esta máxima da proporcionalidade está implicitamente configurada como princípio na Constituição Federal de 1988 e exige uma relação de causalidade entre meio e fim como medida concreta para que se realize uma finalidade. Assim é que o princípio colidente que irá prevalecer no caso concreto é aquele que demonstre, a um só tempo, ter aptidão para os fins a que se destina, ser o menos gravoso no alcance de tais fins e causar mais vantagens do que desvantagens na sua aplicação. Nas palavras de Humberto Ávila:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)¹³.

Deste modo, conclui-se que aqueles casos concretos que não são passíveis de serem solucionados pela subsunção, ante a inadequação e/ou insuficiência desta técnica, e nos quais é possível a aplicação de normas da mesma hierarquia, mas que, se aplicadas, indicam soluções antagônicas, em sendo inviável a harmonização destas normas conflitantes, a técnica jurídica apta a solucionar tais conflitos é a da ponderação. Sopesando-se a intensidade de intervenção de um princípio e o grau de importância do outro em colisão em uma situação de conflito, surgirá a decisão judicial que colocará fim ao litígio privilegiando um dos princípios e afastando o outro, sem, contudo, excluí-lo do ordenamento jurídico. Resta evidente que, nesta hipótese, a fundamentação da decisão judicial ganha relevância ímpar.

Todavia, cabe ressaltar que o julgador, ao buscar uma solução para o caso concreto sob julgamento, articula todo o ordenamento jurídico para compor um quadro argumentativo, ainda

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113.

que de forma inconsciente¹⁴. Assim é que “os padrões de julgamento não incidem de forma isolada e tampouco em etapas, mas sim dentro da complexa dinâmica do sistema jurídico orbital”¹⁵. Com estas observações, quer-se salientar que a técnica da ponderação mencionada ocorre em seu sentido amplo (*lato sensu*), “do sentido do intérprete justificar que está considerando diversos pesos das Fontes Jurídicas incidentes para a resolução de determinado caso, diante de específicas consequências táticas previsíveis”¹⁶.

2.3 Casos de impasse

Antes da análise do papel da argumentação jurídica no procedimento da ponderação de princípios, ainda é preciso destacar que existem casos concretos que não são passíveis de serem solucionados pela subsunção, nos quais há a possibilidade de aplicação de mais de uma norma jurídica com a mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções antagônicas, onde se mostra inviável a harmonização destas normas e que infrutífera resta também a técnica da ponderação. São os denominados “casos de impasse”.

Nestes casos concretos em que não se chega a uma solução precisa nem se utilizando da técnica da ponderação, através da aplicação da máxima da proporcionalidade, em suas três subdimensões antes discriminadas, é que entra em cena a discricionariedade do julgador no sopesamento dos princípios envolvidos e, em consequência, a aplicação do Direito será influenciada pelas crenças, consciência, experiências e convicções pessoais do juiz.

A argumentação jurídica acaba desempenhando um papel ainda mais fundamental nesta hipótese, não só como limitadora da discricionariedade do julgador somente aos casos difíceis não solucionados pelas técnicas antes mencionadas (subsunção, harmonização e ponderação), mas também como mecanismo apto à possibilitar “que o jurisdicionado possa compreender as razões que levaram o julgador a optar pela prevalência de um direito e não do outro e, ainda, controlar-lhe a legitimidade, mediante o manejo dos recursos cabíveis para tentar reformar a decisão”¹⁷.

O que se pretende demonstrar, na sequência, é que a argumentação jurídica desempenha

¹⁴ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 303.

¹⁵ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 305.

¹⁶ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 303.

¹⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9.

papel fundamental no procedimento da ponderação, por ser capaz de, ao relatar as razões que justificam as etapas da ponderação, outorgar legitimidade e racionalidade à decisão judicial que se valeu da ponderação entre princípios constitucionais em colisão.

3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Frente a problemática antes descrita, é a argumentação jurídica um mecanismo necessário e de extrema importância, não só teórica, mas também prática.

Sempre que houver a possibilidade de o julgador optar pela aplicação de uma norma jurídica para solucionar determinado litígio, dentre outra(s) também viável(is), é necessário explicitar as razões que o levaram à tal decisão. É preciso que o julgador de um caso difícil, ao privilegiar um princípio em detrimento de outro, traga ao conhecimento dos jurisdicionados e da sociedade, de forma racional e lógica, o raciocínio por ele desenvolvido e os fundamentos por ele utilizados para chegar à decisão judicial que colocou fim ao litígio.

O exame da argumentação jurídica desenvolvida pelo julgador viabiliza a conferência da racionalidade do seu raciocínio, da correção dos fundamentos por ele utilizados como suportes da sua decisão e do controle da legitimidade da referida decisão. Deste modo, conhecendo as razões, os fundamentos e os argumentos utilizados pelo julgador para optar pela prevalência de um princípio constitucional em detrimento de outro, também inicialmente aplicável ao caso concreto, o jurisdicionado poderá manejar os recursos cabíveis contra a decisão proferida, controlando, assim, a legitimidade da atuação do Poder Judiciário e a justiça da decisão.

Como dito, os casos difíceis e os casos de impasse acabam por dar espaço para a discricionariedade do julgador. Todavia, esta discricionariedade deve ficar adstrita aos conflitos de interesses que não podem ser solucionados pelas técnicas ofertadas pelo sistema jurídico. Deste modo, é preciso que os litigantes tenham conhecimento dos argumentos que levaram o julgador a optar em favor de uma norma jurídica e não de outra como mecanismo de controle da discricionariedade do julgador, sob pena de se permitir que as convicções pessoais do julgador aflorem de forma arbitrária.

3.1 Aspectos da teoria da argumentação Jurídica

A essência da argumentação jurídica consiste em seu caráter “litigioso”¹⁸, vez que o julgador sempre se vê diante “de duas ou mais argumentações conflitantes, que se embatem na arena judicial de modo a obter o convencimento da autoridade que deverá decidir o caso”.

As atrocidades do nazismo promoveram, em resposta, a relativização da força da lei como axioma lógico e a ampliação da responsabilidade do julgador no momento da aplicação do Direito. Este contexto acaba demonstrando a insuficiência do raciocínio lógico-dedutivo e valorizando o aspecto argumentativo da atividade jurisdicional, exigindo a justificação e a fundamentação das decisões judiciais, com a demonstração da estrutura racional dos argumentos utilizados na decisão judicial.

Deste modo, o julgador deve utilizar-se na aplicação do Direito das técnicas adequadas ao caso concreto (subsunção, harmonização e ponderação) e, em qualquer delas, deve demonstrar, de forma lógica e racional, a prática argumentativa e os fundamentos utilizados quando da tomada da sua decisão.

Walter Gundalini Júnior enfatiza que os casos difíceis devem ter uma “dupla justificação”¹⁹ para garantir a racionalidade da decisão judicial: de primeiro e de segundo nível. A justificação de primeiro nível, interna, consiste na descoberta das premissas e na demonstração da universalidade da decisão jurídica, o que ocorre através do silogismo jurídico com a demonstração, pela justificação dedutiva, de duas regras enunciadas por Robert Alexy, a saber: a) “para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal”; e b) “a decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições”²⁰.

A justificação de segundo nível, externa, tem como objeto a justificação das premissas utilizadas na justificação interna, ou seja, na análise da verdade, correção e aceitabilidade da cadeia de proposições apresentadas como premissas. Robert Alexy explica que para cada tipo de premissa

¹⁸ GUNDALINI JÚNIOR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, vol. 54, 2011, p. 157. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30734/19847>>. Acesso em: 28 Set. 2017.

¹⁹ GUNDALINI JÚNIOR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, vol. 54, 2011, p. 160. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30734/19847>>. Acesso em: 28 Set. 2017.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*. p. 215.

corresponde distinto método de fundamentação e que há múltiplas relações entre estes procedimentos:

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”²¹.

Verifica-se, deste modo, que fundamentação de premissas que não sejam textos legais ou enunciados empíricos ocorre através da técnica da argumentação jurídica, a qual, segundo Robert Alexy²², abrange seis formas de argumentos, as serão analisadas no item subsequente.

3.2 Argumentação jurídica sob a ótica de Robert Alexy²³

Conforme mencionado, o autor em questão enumera seis formas de argumentos jurídicos capazes de fundamentar premissas que não sejam enunciados empíricos ou regras de direito positivo.

Sobre a argumentação empírica, o autor destaca sua grande relevância, vez que quase todas as formas de argumentação jurídica incluem enunciados empíricos, de modo que uma teoria que leve em conta a argumentação empírica necessária nas fundamentações jurídicas tem que se ocupar de uma cooperação interdisciplinar. O autor também destaca que não se pode obter o conhecimento empírico necessário com a certeza desejável.

Alexy agrupa certas formas de argumentos (semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica) como cânones da interpretação os quais têm a intenção de cumprir a pretensão de correção e dar caráter vinculante racional à argumentação jurídica e que se refere também de maneira especial à vinculação à lei.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*. p. 222.

²² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*. p. 223.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*. p. 223.

A argumentação dogmática consiste em uma série de enunciados que se referem à legislação e à aplicação do Direito, formando um todo coerente em uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e que tem conteúdo normativo. Estes enunciados dogmáticos são aqueles considerados corretos pela maioria dos juristas.

A importância do uso de precedentes é destacada pelo autor, assim como a sua questão central: se lhes pode atribuir o caráter de fonte do Direito. Seu uso significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente e pressupõe como fundamento argumentos práticos de tipo geral.

As formas especiais de argumentos jurídicos são as utilizadas na metodologia jurídica, a saber: analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*.

Os argumentos práticos gerais são utilizados como reforço e complemento da argumentação jurídica.

O cumprimento destas e de outras regras destacadas por Robert Alexy constitui o caráter racional da argumentação jurídica e de correção das decisões jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os casos concretos que não podem ser solucionados pela subsunção, diante da insuficiência desta técnica, tidos como casos difíceis, exigem uma maior exposição das razões e dos argumentos utilizados pelo julgador, bem como dos fundamentos da decisão tomada pelo mesmo.

Dentre estes casos encontram-se os litígios que se caracterizam pela colisão de princípios constitucionais, nos quais o exercício de um direito fundamental por um litigante impede o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental pelo outro litigante. A solução destes casos, através da eleição do princípio que deve prevalecer, só é possível de ocorrer no próprio caso concreto, de acordo com as suas particularidades, e deve ser feita através do juízo de ponderação, desde que a harmonização dos princípios se revele impossível.

Deste modo, a primeira tentativa de solucionar tais casos difíceis é com a harmonização dos princípios colidentes, de modo que ambos prevaleçam, mesmo que mediante concessões recíprocas, evitando-se o afastamento de um em prol do outro.

Não sendo possível a harmonização entre os princípios constitucionais em colisão, parte-se

para um juízo de ponderação *lato sensu* do grau de importância e do peso de cada um dos princípios contrapostos, para se estabelecer, no contexto de determinado caso concreto, qual deles deve ser privilegiado e prevalecer e qual deve ser desprezado. Esta ponderação deve ser feita com a aplicação da máxima da proporcionalidade, em suas três subdimensões (fim, meio e situação), de modo que o princípio colidente que irá prevalecer no caso concreto é aquele que demonstre, a um só tempo, ter aptidão para os fins a que se destina, ser o menos gravoso no alcance de tais fins e causar mais vantagens do que desvantagens na sua aplicação.

A argumentação jurídica desempenha papel fundamental neste procedimento da ponderação, por ser capaz de outorgar legitimidade e racionalidade à decisão judicial que se valeu da ponderação entre princípios constitucionais em colisão. Os mecanismos abarcados pela argumentação jurídica também são capazes de promover a correção e aumentar as chances de que esta decisão seja justa, além de afastar discricionariedade absoluta e arbitrária.

Com estas ponderações, pretendeu-se demonstrar o quão importante é o alerta mencionado no início deste trabalho e o papel da argumentação jurídica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. Título original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*.

ANGELLA, Fábio Luiz. Juízo de ponderação e a colisão de princípios fundamentais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (RIPE)**. Bauru, vol. 47, n. 60, Jul./Dez., 2013, p. 162. Disponível em: <ojs.ite.edu.br/index.php/ripe/article/download/30/93>. Acesso em: 29 set. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-come%C3%A7o-da-hist%C3%B3ria-nova->

interpreta%C3%A7%C3%A3o-constitucional-e-o-papel-dos-princ%C3%ADpios-no-direit-1>. Acesso em: 28 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GUNDALINI JÚNIOR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, vol. 54, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Formas jurígenas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, vol. 8, n. 3, Set./Dez., 2016, p. 305.

Disponível em:

<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.83.04/5731>>. Acesso em: 16 Set. 2017.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Produção jurídica: positivação e aplicação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, vol. XVI, n. 112, Maio, 2013. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13179&revista_caderno=15>. Acesso em: 16 set. 2017.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AMBIENTAL A PARTIR DA VISÃO DA DIMENSÃO ECONÔMICA DA SUSTENTABILIDADE¹

Bárbara Guasque²

Heloise Siqueira Garcia³

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho vincula-se às temáticas de economia e do direito ambiental, apresentando ao leitor uma visão diferenciada do direito ambiental a partir de uma análise econômica, delimitando como âmbito teórico a dimensão econômica da sustentabilidade.

A partir de tal delimitação temática, o objetivo geral da pesquisa é apresentar premissas econômicas aplicáveis ao direito ambiental considerada a dimensão econômica da sustentabilidade.

Não restam dúvidas de que o planeta necessita, de forma urgente e latente, uma maior conscientização acerca da proteção ambiental, pois pode-se constatar, quase que diariamente nos meios de comunicação social, que o número de catástrofes mundiais que estão assolando os países está sendo cada vez mais constante e alarmante.

Diante de todos os acontecimentos mundiais acerca do meio ambiente e da preservação ambiental, observa-se que cada vez mais surgem discussões acerca da sustentabilidade e da preservação ambiental, buscando-se primordialmente meios cabíveis para se alcançar esses objetivos.

O problema reside no fato de que tais discussões necessitam sair do plano imaterial das ideias para adentrarem no plano material, sendo neste paradigma que surgem cada vez mais

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí. Doutoranda em *Derecho* pela Universidad de Alicante - ES Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011/2013). Advogada graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003). E-mail: barbaraguasque@hotmail.com

³ Doutoranda do PPCJ – UNIVALI. Doutoranda em *Derecho* pela Universidad de Alicante. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade AVANTIS. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora de ensino superior. Advogada. E-mail: heloisegarcia@univali.br

discussões acerca de meios que, efetivamente, possibilitem a preservação ambiental, como modo de atingir os objetivos do Direito Ambiental.

É nesse contexto que se abarca o presente artigo, já que a grande maioria das leis, políticas públicas e decisões judiciais em matéria ambiental partem de um enfoque obtuso, culminado em ações que, não só, não se prestam a proteger efetivamente o meio ambiente, como criam incentivos à degradação ambiental.

O presente estudo pretende demonstrar que mediante a Análise Econômica do Direito, torna-se possível a ampliação do horizonte de perspectivas e análises do problema, de maneira a permitir ações mais realistas e eficientes na preservação ambiental e ao intento de desenvolvimento econômico sustentável.

Com relação à metodologia adotada ressalta-se que a opção das autoras deu-se pelo método indutivo, tendo sido acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento⁴.

1. A ECONOMIA

Quando se pensa em economia, intuitivamente se pensa em questões monetárias, mercados, câmbio, juros. Acredita-se que a economia tenha a resposta para perguntas como: por que nossa taxa de juros é uma das maiores do mundo? Qual o efeito disso sobre o nível de emprego? Não se vislumbra, no entanto, que a economia também possa responder o porquê de o número de divórcios ter aumentado substancialmente nas últimas décadas. Muito menos o porquê de o número de estupros serem maiores entre 5:00 e 8:30 da manhã ou à noite. No entanto, todas essas indagações são assuntos econômicos e motivos de estudo pela economia. Isto deve-se ao fato de todos esses questionamentos envolverem, em comum, a conduta humana, a escolha, o estudo dos indivíduos em seus afazeres cotidianos.⁵

A ciência econômica moderna engloba em seu rol de estudos todo comportamento humano que requeira uma tomada de decisão. Isto porque, ela é um método de investigação a aferir o

⁴ Conforme estabelecido na obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 58.

⁵ GICO JÚNIOR, Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460> > acesso em 20 de mar. 2017; MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. Tradução da 6ª ed Norte –Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título original: Principles of economics.

comportamento humano, individual ou coletivo, em um cenário de recursos escassos, quer no mercado ou não. Portanto, toda conduta humana que esteja incluída nesse cenário será passível de análise econômica, ou seja, de pesquisa e investigação.

Além desse aspecto, a economia auxilia, ainda, na gestão dos recursos da sociedade. O que se mostra de suma importância é que esses recursos são escassos. Isso significa que “a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter”.⁶ Figura, também, como objeto de estudo da ciência econômica, “a maneira como a sociedade administra seus recursos escassos”.

Assim sendo, a ciência econômica investiga, atualmente, uma vasta gama de condutas humanas, dentro ou fora do mercado. Os princípios econômicos podem ser aplicados a muitas situações da vida, de maneira que nos oferecem um valioso arsenal para entendermos muitos aspectos e condutas humanas no mundo em que vivemos.⁷ A relação do homem com o meio ambiente e os recursos naturais não fica de fora disso.

Ocorre que, ainda nos dias de hoje e, nomeadamente entre os ambientalistas, a ausência de compreensão da ciência econômica, bem como da maneira como a interação entre economia e meio ambiente dar-se-á, gera relutância e pouca aceitação.

Há, em um primeiro momento, um fosso que separa uma ciência preocupada com o comportamento racional e a alocação dos recursos escassos com o direito ambiental, cujo cerne é a preservação ambiental e a sustentabilidade, de maneira a se afirmar que ambientalistas e economistas, vivem, pois, em mundos distintos, falam diferentes línguas e perseguem fins antagônicos.

Ocorre que, em que pese a diversidade da óptica econômica e jurídica, é certo que a interdisciplinaridade é essencial para a explicação, análise e detecção da fenomenologia social em sua interação com o meio ambiente.

Além disso, o arsenal metodológico econômico tem condições de trazer grande auxílio na formulação de leis, políticas públicas e decisões judiciais, mediante uma noção de incentivos aliada a uma prospecção das consequências diretas e de segunda por elas produzidas.

⁶ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 04.

⁷ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como movimento, a Análise Econômica do Direito se desenvolveu a partir das concepções do realismo jurídico, de que os estudiosos do direito deveriam ocupar-se da lei tal como funciona na prática, fazendo uso das ciências sociais, das quais a economia faz parte, sendo, portanto, uma ferramenta de auxílio aos operadores do direito. “Sobre essa base e partindo de seu modesto início na década de 1960, o movimento da AED cobrou força como tendência intelectual”.⁸

Esse movimento metodológico busca “aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica para a interpretação e aplicação do Direito”.⁹

Partindo da assertiva que o Direito não é nem pode ser uma ciência autocentrada, a AED promove o necessário diálogo entre as ciências econômica e jurídica, reformulando a ciência jurídica ao incorporar o arsenal teórico e empírico econômico, a fim de aperfeiçoar à produção, aplicação e aferir as possíveis consequências das normas jurídicas, políticas públicas e decisões judiciais.

Pode-se resumir a AED como a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos¹⁰ para a análise da formação, da estrutura e dos impactos de questões jurídicas como a lei, políticas públicas e as instituições legais¹¹, a fim de prover uma eficiente alocação dos recursos escassos e proporcionar o bem-estar.

A despeito de a comunidade jurídica, em geral, crer que a economia é o estudo da inflação, do desemprego, do câmbio, dos ciclos econômicos e demais aspectos macroeconômicos, os quais reputam distante do sistema legal, seu campo de análise é extremamente vasto¹², o que torna igualmente variado os campos de aplicação da análise econômica ao Direito. Ela pode ser aplicada às mais variadas áreas do Direito, desde as áreas eminentemente econômicas, como o direito da concorrência, como também para áreas cujo enfoque econômico era, até então, completamente ausente, a exemplo do direito de família, do direito penal e, conforme será exposto, o direito

⁸ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Traducción de José Luiz Pérez Hernández. 1.ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994, p. 10.

⁹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogo com a Law & Economics**. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

¹⁰ A experiência tem mostrado que cada um destes três pontos de vista, o da estatística, o da teoria econômica e da matemática, representam uma condição necessária, mas insuficiente para uma compreensão real das relações quantitativas na vida econômica moderna. A unificação das três é o que resulta poderoso, e esta unificação é o que constitui a econometria. *In*: ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**, p. 23.

¹¹ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**, p. 5.

¹² POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 25. Título original: *Economic analysis of law*.

ambiental com enfoque na sustentabilidade.

3. A SUSTENTABILIDADE E A SUA DIMENSÃO ECONÔMICA

Segundo relatos de Bosselmann¹³, os conceitos de sustentabilidade surgiram cerca de 600 anos antes do século XX, momento em que a Europa continental sofreu uma grave crise ecológica decorrente do desenvolvimento agrícola e da utilização da madeira ocorridos entre 1300 e 1350, que atingiram nível tal que quase levou ao desmatamento completo da Europa. Em resposta a essa crise, principados e cidades locais começaram a tomar medidas de reflorestamento em larga escala, promulgando leis fundadas na sustentabilidade, estabelecendo-se a ideia de que não se deveria desmatar madeira além do que pudesse crescer novamente e plantar novas árvores para que as gerações futuras fossem beneficiadas, dava-se vazão ao manejo florestal sustentável.

Rogers, Jalar e Boyd¹⁴ comentam justamente que o conceito de sustentabilidade tem suas origens na silvicultura, pesca e águas subterrâneas, que lidavam com quantidades como “*maximum sustainable cut*”, “*maximum sustainable yield*” e “*maximum sustainable pumping rate*”. Faziam-se perguntas do tipo: Quantas árvores eu posso cortar e ainda ter floresta para crescer? Quantos peixes posso pescar e ainda ter funcionamento de pesca no final do período de pesca? Quanta água subterrânea posso extrair e ainda ter um aquífero viável ao final do período de bombeamento?

Tais leis e medidas se mostraram eficazes até 1800, quando a Europa viu-se diante de outra crise ambiental e alimentar. De forma simultânea, a civilização agrícola tradicional passou a dar lugar à moderna civilização industrial, vivenciava-se a Revolução Industrial, que levou a uma profunda transformação da terra e do uso dos recursos naturais e tornou-se catalisadora da economia moderna.¹⁵

Toda essa mudança acabou por refletir, por óbvio, no Direito, que cada vez mais deixou para trás seu caráter orientado pela sustentabilidade local e pública para adotar critérios de “livre iniciativa privada”, o que levou, no início do século XIX, a praticamente o desaparecimento dos direitos públicos ambientais. “O sistema emergente de direito privado e os direitos de propriedade absoluta ignoraram, em grande parte, a proteção ambiental, para não mencionar a

¹³ BOLSELLEMAN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015, p. 30-31.

¹⁴ ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An introduction to Sustainable Development**. Londres: Earthscan, 2008, p. 22.

¹⁵ BOLSELLEMAN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança, p. 33-34.

sustentabilidade.”¹⁶

Apesar de todas essas vivências históricas, foi somente a partir da década de 60 que tiveram início as discussões a nível mundial de temas que mencionavam expressamente o termo “Direito Ambiental”.

Leff¹⁷ destaca que ao final do decênio dos anos 60 emerge uma crise ecológica plantando os limites ao crescimento econômico e demográfico já visualizado por Malthus no final do século XVIII¹⁸, o desequilíbrio do planeta e a destruição da base de recursos da humanidade. “*La crisis ambiental revela el mito del desarrollismo y muestra el lado oculto de la racionalidad económica dominante.*”¹⁹

O pontapé inicial das discussões ambientais a nível mundial deu-se com a primeira conferência mundial sobre meio ambiente ocorrida em 1972 em Estocolmo (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano), que permitiu a proliferação da legislação ambiental e a sua constitucionalização em diversos países. Além disso houve a criação do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (UNEP do termo em inglês); o reconhecimento do direito ambiental como um direito fundamental, assim como o reconhecimento de que a maioria dos problemas ambientais estão motivados pelo subdesenvolvimento.

Essa primeira Conferência despendeu enormes impactos ao pensamento mundial, inclusive nos direitos internos, a Comunidade Europeia, por exemplo, publicou o primeiro Plano ligado à ação ambiental no ano seguinte (*Environmental Action Plan*).

No intuito de ampliação das discussões sobre o tema, 10 anos após a realização da primeira grande Conferência, a partir de uma convocação da Assembleia Geral da ONU, formou-se a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela então primeira-ministra da Noruega, tendo já ocupado o cargo de ministra de Meio Ambiente, Gro Harlem Brundland, hoje conhecida como “Comissão de Brundland”, ocasião em que foram discutidos temas acerca do meio ambiente e o desenvolvimento.

A Comissão contou com 22 membros de 21 nações que foram cuidadosamente selecionados

¹⁶ BOLSELLMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança, p. 33.

¹⁷ LEFF, Enrique. **Ecología y Capital**. Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable. México: Siglo Veintiuno editores, 1986, p. 283.

¹⁸ Para entender melhor a teoria de Malthus com o desenvolvimento sustentável recomenda-se a leitura de: ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An introduction to Sustainable Development**, p. 20-39.

¹⁹ LEFF, Enrique. **Ecología y Capital**. Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable, p. 283.

para representar diferentes regiões e grupos de nações do mundo. Nações do Norte e do Sul, desenvolvidas e em desenvolvimento, do Leste e do Oeste (considerando que há época imperava ainda a Guerra Fria). *“They differed widely in experience, competence and cultural background: They were scientists and diplomats, environmentalists and economists, and politicians from all corners of the world and of highly different convictions.”*²⁰

Especial atenção deve ser dada ao documento publicado após os 5 anos de discussão, principalmente no que concerne aos estudos propostos neste momento, pois é nessa comissão que surge o conceito de Desenvolvimento Sustentável mais reconhecido mundialmente²¹: *“Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”*²².²³

A partir de tal conceito diversos se desenvolveram pela doutrina levando em consideração primordialmente o desenvolvimento e o meio ambiente. Piñar Mañas²⁴, da Universidad San Pablo CEU, da Espanha, afirma que o desenvolvimento sustentável tem como objetivo permitir a evolução conjunta dos sistemas gerados pela iniciativa humana e os ecossistemas, implicando, então, uma mudança substancial no modo de considerar o desenvolvimento. Segundo o autor, as visões de desenvolvimentismo vividas até então, que inclusive foram as bases da Comissão de Brundtland, acabam por produzir efeitos perversos ao meio ambiente, sendo necessária a mudança cultural e política que desemboca em tal conceito.

Outra grande Conferência mundial de grande relevância na construção da teoria da sustentabilidade foi a Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente de 2002 (Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável), ocorrida em Johannesburg, tendo sido nessa conferência que

²⁰ BUGGE, Hans Christian. 1987-2007: “Our Common Future” Revisited. In: _____; VOIGT, Christina (ed.) **Sustainable Development in International and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2008, p. 4.

²¹ Ao contrário do que muitos pensam, o primeiro conceito de desenvolvimento sustentável não foi adotado nesta conferência, pois a primeira aparição oficial do termo se deu em 1980 no *Internacional Union for Conservation of Nature and Natural Resources*, especificamente no parágrafo 3.2, o que produziu uma grande reação e cerca de 50 estratégias nacionais de conservação foram adotadas pelo mundo. (ROSS, Andrea. **Sustainable Development Law in the UK**. From rhetoric to reality? Oxon: Earthscan, 2012, p. 13). Contudo, apesar disso, o conceito mais conhecido mundialmente, até mesmo por seu conteúdo um pouco mais completo que o então conhecido, foi do Relatório de Brundtland.

²² Bugge faz um destaque especial ao termo “their own needs”, afirmando que a Comissão se preocupou com as necessidades da geração futura, que serão decididas por essa geração e não pela atual, mas o pensamento principal da presente geração, conforme discutido na Comissão, é o de que esta deve deixar opções abertas para as gerações futuras. (BUGGE, Hans Christian. 1987-2007: “Our Common Future” Revisited, p. 7)

²³ ONU. **Our common future**. World Commission on Environment and Development, 4 de Agosto de 1987. Disponível em: <<https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: 03 de abril de 2018. p. 54.

²⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis. El desarrollo Sostenible como principio jurídico. In: _____ (director). **Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 24.

finalmente houve a integração das três dimensões da sustentabilidade mais doutrinariamente consideradas: a ambiental, a social e a econômica, conforme destacado no próprio plano de implementação da Conferência:

These efforts will also **promote the integration of the three components of sustainable development — economic development, social development and environmental protection —** as interdependent and mutually reinforcing pillars. Poverty eradication, changing unsustainable patterns of production and consumption and protecting and managing the natural resource base of economic and social development are overarching objectives of, and essential requirements for, sustainable development.²⁵

Segger²⁶ salienta que o resultado de tal Conferência enfatizou a necessidade de fortalecer e melhor integrar as dimensões social, econômica e ambiental da sustentabilidade em políticas e programas nos níveis internacional, regional e sub-regional, e nacional.

A partir desse contexto começam a surgir os conceitos de sustentabilidade. Para Masmanian e Kraft²⁷, numa visão prática, sustentabilidade poderia significar qualquer mudança importante em valores, políticas públicas, e atividades públicas e privadas que movem comunidades e indivíduos em direção a realização dos princípios fundamentais da integridade ecológica, harmonia social e participação política.

Caminhando com o entendimento espanhol/europeu que vincula a Sustentabilidade ao Desenvolvimento Sustentável, Alenza García²⁸ afirma que o princípio implica não a conservação intacta da natureza e a paralisia do desenvolvimento, senão a condução ao desenvolvimento econômico por canais que não impossibilitem a viabilidade ambiental do futuro, indo além da mera harmonização da economia e da ecologia, posto que seu fundamento se apoia em uma solidariedade intergeracional.

Nos dizeres de Garcia²⁹, o termo sustentabilidade traz diversas conotações e “[...] decorre do conceito de sustentação, o qual, por sua vez, é aparentado à manutenção, conservação,

²⁵ ONU. **Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development**. 2002. Disponível em: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2018, p. 2. Sem destaques no original.

²⁶ SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Sustainable Development in International Law. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina (ed.) **Sustainable Development in International and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2008, p. 109.

²⁷ MASMANIAN, Daniel A.; KRAFT, Michael E. The three epochs of the environmental movement. In: _____; _____ (eds.) **Toward Sustainable Communities**. Transition and transformations in Environmental Policy. Massachusetts: The MIT Press, 1999, p. 18.

²⁸ ALENZA GARCÍA, José Francisco. **Manual de Derecho ambiental**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2001, p. 42.

²⁹ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012. p. 389.

permanência, continuidade e assim por diante.”

Conforme destaca Ekardt³⁰, “Sustainability is something that refers to global or intertemporal issues.”

Real Ferrer³¹ aponta que a consecução de uma sociedade sustentável supõe, ao menos, seis pontos: a) a consideração de uma sociedade planetária com um destino comum com a construção de uma comunidade global; b) alcançar um pacto com a Terra de modo que estabelecer-se o comprometimento da possibilidade de manutenção dos ecossistemas essenciais que fazem possível a subsistência humana como espécie em condições ambientais aceitáveis; c) ser capaz de alimentar e oferecer uma vida digna ao conjunto de habitantes do planeta acabando com injustificáveis desigualdades; d) recompor a arquitetura social de modo a acabar com um modelo opressor que se baseia no conforto e no progresso de algumas camadas sociais na exclusão sistemática de legiões de desfavorecidos, órfãos de qualquer oportunidade; e) construir novos modos de governança que assegurem a prevalência do interesse geral sobre individualismo insolidários; f) colocar a ciência e a técnica a serviço do objetivo comum.

A sustentabilidade é, em sua real concepção um meio e um fim em si mesma, de modo que abarca ideias, estratégias e ações com o fito de garantir a preservação da Terra para as presentes e futuras gerações de seres vivos que nela habitam a partir de uma consciência ampla, globalizada e transnacional de qualidade de vida.

Dito isto, deve-se considerar seu caráter pluridimensional, salientando-se a divergência presente na doutrina quanto à quantidade de dimensões que suportam a sustentabilidade, destacando-se, contudo, que majoritariamente considera-se a existência de três dimensões, chamadas de tripé da Sustentabilidade³², que seriam: a dimensão ambiental, a econômica e a social.

³⁰ EKARDT, Felix. Sustainability and a New Concept of Liberty. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina (ed.) **Sustainable Development in International and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2008, p. 70.

³¹ REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Editora Univali, 2013, p. 14.

³² Não se quer nesta tese adentrar em muitos aspectos conceituais acerca de terminologias que envolvem a temática da Sustentabilidade para que o texto não fique muito longo, porém deixa-se aqui o registro de interessante discussão levantada por Gerd Winter (WINTER, Gerd. A fundamental and two pillars. The concept of Sustainable Development 20 years after Brundtland Report. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in International and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2008, p. 25-45.) de que a visão clássica de concepção dos três pilares da sustentabilidade não é a ideal, pois a biosfera possui fundamental importância, sendo um fundamento da sustentabilidade e a economia e a sociedade são os pilares das gerações futuras. Destaca o autor que “Economy and society are the weaker partners, as the biosphere can exist without humans, but humans certainly cannot without the biosphere.” (p. 27)

Nesse sentido Andrea Ross³³ simplifica o conceito afirmando que o desenvolvimento sustentável³⁴, envolve a necessidade de discutir problemas globais e locais ao mesmo tempo, sendo que tais problemas podem ser agrupados em três desafios: aqueles relacionados ao desenvolvimento, particularmente em países pobres; aqueles relacionados à proteção ambiental; e aqueles relacionados à segurança global e nacional.

Sachs³⁵ afirma que o alcance desses três pilares caracteriza-se como uma “vitória tripla” a partir do momento que se atende “[...] simultaneamente os critérios de relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica [...]”.

A partir da caracterização de cada uma dessas dimensões, deve-se sempre ter em mente que todas elas estão intimamente entrelaçadas de modo a proporcionar a visão da sustentabilidade como princípio-síntese que determina a proteção da própria vida humana na Terra.

A dimensão ambiental do Princípio da Sustentabilidade diz respeito à importância da proteção do meio ambiente e do Direito Ambiental, tendo como finalidade precípua garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do homem na terra.³⁶

Ela prevê, basicamente, a consideração do direito das gerações atuais e futuras ao ambiente limpo em todos os seus aspectos. Nesse diapasão, essa dimensão trata de abarcar, principalmente, as ideias de que não poderá haver qualidade de vida e longevidade digna em um ambiente degradado ou no limite, não se podendo ter, quiçá, a manutenção da vida humana, do que resulta o pensamento de que ou se protege a qualidade ambiental ou não se terá futuro para a espécie humana.

A dimensão social consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos,

³³ ROSS, Andrea. **Sustainable Development Law in the UK**. From rhetoric to reality?, p. 11.

³⁴ Destaca-se que se utiliza neste momento a categoria desenvolvimento sustentável pois é a utilizada pela autora citada. Inclusive, autores europeus em geral tendem a adotar a nomenclatura “desenvolvimento sustentável”, pois é a adotada nos textos oficiais da União Europeia, porém em quase sua maioria é entendida como sinônimo de sustentabilidade na visão da autora desta tese, isso pois a autora da tese entende que desenvolvimento sustentável e sustentabilidade são conceitos divergentes, sendo aquele apenas um dos caminhos para se chegar a este, focado mais na dimensão econômica da sustentabilidade em sobreposição às demais. Tal entendimento é formado a partir dos ensinamentos repassados por Gabriel Real Ferrer em: REAL FERRER, Gabriel. *Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho*.

³⁵ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Organização de Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 35.

³⁶ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Acesso em: 18 de abril de 2016, p. 44.

sendo também conhecida como capital humano. Ela está baseada num processo de melhoria na qualidade de vida da sociedade através da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria com o nivelamento do padrão de renda, o acesso à educação, à moradia, à alimentação. Estando, então, intimamente ligada, no que concerne ao Direito brasileiro, à garantia dos Direitos Sociais, previstos no artigo 6º da Carta Política Nacional, e da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil.³⁷

Basicamente ela compreende o abrigo dos direitos fundamentais sociais, trazendo a ideia de que não se admite um modelo de desenvolvimento excludente e iníquo, lidando, deste modo, com a garantia da equidade intra e intergeracional, com a criação de condições para a potencialização das qualidades humanas através, principalmente, da garantia de educação de qualidade; e com o desenvolvimento do garantismo à dignidade de todos os seres presentes no planeta.

A dimensão econômica foca no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida às pessoas. Ele passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade por dois motivos: 1. Não haveria a possibilidade de retroceder nas conquistas econômicas de desenvolvimento alcançadas pela sociedade mundial; e 2. O desenvolvimento econômico estaria interligado com a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade, pois ele é necessário para a diminuição da pobreza alarmante.³⁸

Ela evoca o sopesamento entre a eficiência e a equidade, o que leva ao consequente equilíbrio dos benefícios e custos diretos e indiretos (externalidades) dos empreendimentos públicos e privados, estando tudo isso intimamente ligado à ideia de medição das consequências a longo prazo. Desse modo, a sustentabilidade geraria uma nova economia, visada à reformulação de categorias e comportamentos que busquem o planejamento de longo prazo, a ultrapassagem do culto excessivo dos bens posicionais e um sistema competente de incentivos.³⁹

Resumidamente, a dimensão econômica da sustentabilidade propõe-se exatamente a apresentar uma análise econômica do direito ambiental, reconhecendo a necessidade da conjugação de critérios e premissas econômicas para a real alcance da sociedade sustentável.

³⁷ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico, p. 44-45.

³⁸ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico, p. 44.

³⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65/67.

4. PREMISSAS ECONÔMICAS APLICÁVEIS AO DIREITO AMBIENTAL

4.1 A tomada de decisão gera um *tradeoff*

Um princípio elementar da economia reconhece a máxima de que “**Nada é de graça**”. Toda e qualquer tomada de decisão exige que para se optar por algo, abre-se mão de outra coisa. É o que se conceitua como *tradeoff*. Toda situação em que há um conflito de escolha, onde a resolução de um problema acarreta outro, onde a escolha de determinado bem exige que se abra mão de outro bem.⁴⁰

Essa máxima econômica aplica-se a todas as áreas do cotidiano dos indivíduos onde a tomada de decisão impende um conflito de escolha. Sempre que há uma tomada de decisão, essa não é de graça, terá que ser escolhido um objetivo em detrimento de outro.⁴¹

Bem exemplificativo na sociedade moderna é o *tradeoff* entre um meio ambiente preservado e um alto nível de renda. As exigências de preservação ambiental acabam por aumentar o custo da atividade produtiva e, conseqüentemente, o valor dos produtos. Com produtos mais caros a empresa perde competitividade e vende menos, obtendo menor lucro, remunerando pior os seus funcionários.

Portanto, em que pese as exigências ambientais promovam um meio ambiente mais limpo e preservado, elas provocam a redução da renda de proprietários, trabalhadores e consumidores das empresas às quais são feitas exigências às leis ambientais.⁴²

O reconhecimento de que as pessoas enfrentam *tradeoffs* não nos diz quais decisões as pessoas deveriam tomar. A sociedade não deve deixar de exigir a proteção do meio ambiente só porque as leis ambientais reduzem o padrão de vida. Mas é importante e salutar o reconhecimento da existência de *tradeoff* em cada tomada de decisão, a ciência de que nada é de graça e de quais as opções que estão disponíveis. Somente essa compreensão possibilita a tomada de boas decisões.⁴³

Assim sendo, boas políticas ambientais começam pelo reconhecimento de que a tomada de decisão enfrenta um *tradeoff*. Esse enfoque econômico possibilita uma melhor reflexão acerca das

⁴⁰ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 04.

⁴¹ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 05.

⁴² MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 05.

⁴³ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 05.

leis e políticas públicas cujo mote seja a preservação ambiental.

4.2 Os indivíduos são racionais e reagem a incentivos

Da mesma maneira, a análise econômica sobre a forma como se dá a tomada de decisão individual e como os incentivos podem alterar o comportamento humano, são premissas que devem ser avaliadas em políticas públicas, leis e decisões judiciais.

Um incentivo, segundo Mankiw, “é algo que induz uma pessoa a agir, tal como a perspectiva de uma punição ou recompensa. Uma vez que para a economia as pessoas são racionais, elas fazem “o melhor para alcançar seus objetivos, sistemática e objetivamente”⁴⁴, optando, dentro de um conjunto de possibilidades, por aquela que mais lhe assegure bem-estar. Isto quer dizer que elas tomam decisões comparando custos e benefícios”.⁴⁵ Admitir que as pessoas são racionais impende dizer que elas respondem a incentivos. Portanto “os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam”.⁴⁶

Essa análise da conduta pode ser utilizada para analisar os efeitos que as leis, políticas públicas e decisões judiciais produzem sobre os indivíduos, vez que possibilita prognosticar se os indivíduos mudarão seu comportamento para evitar os custos da lei e decisões judiciais, bem como aferir o sucesso de uma política pública. A noção do comportamento auto interessado regular, inerente ao ser humano, permite a compreensão dos motivos por que as pessoas acatam as normas morais e jurídicas da comunidade social.

Os incentivos são cruciais para analisar não somente o funcionamento do mercado, mas, segundo Roemer⁴⁷, esse princípio lança luz sobre importantes lições no campo das políticas públicas. Os formuladores de políticas ambientais devem sempre levar em conta a noção de incentivos vez que as políticas públicas alteram os custos e benefícios para os indivíduos, alterando, portanto, o seu comportamento.⁴⁸

Por exemplo: há um sistema de regulação dos oceanos cujo propósito é criar incentivos para evitar a sobre-exploração dos recursos pesqueiros. Para logra-lo foram estabelecidas temporadas

⁴⁴ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 6.

⁴⁵ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 07.

⁴⁶ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. XII.

⁴⁷ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**, p. 16-18.

⁴⁸ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 07.

de veda em que está proibido apoderar-se dos recursos marítimos. Esta regulação naturalmente falhou porque não toma em conta que, durante os meses do ano em que os pescadores podem extrair recursos do mar, realizam um esforço adicional, utilizando mais barcos e redes com maior capacidade, a fim de pescarem a mesma quantidade que pescariam se não existisse a temporada de veda. A lição é clara: o resultado gerado por uma regulação frequentemente vai mais além de sua intenção”. Ao negligenciar a noção econômica de incentivos, a política ambiental que tinha por fito a preservação, restou infrutífera, produzindo resultados diametralmente opostos ao pretendido.

A compreensão tanto dos incentivos primários como dos secundários da lei, bem como de sua interação em cada situação concreta, é fundamental para o uso eficiente do direito e para a realização de políticas públicas que logrem os objetivos esperados”.⁴⁹

Mankiw⁵⁰ elucida a noção de incentivos com o exemplo europeu, onde há imposto sobre a gasolina a fim de incentivar o uso de carros menores, que consomem menos gasolina. Esse é um dos motivos de os carros menores serem mais usados na Europa que nos Estados Unidos, onde os impostos são mais baixos.

Logo, as regras impostas pelas instituições condicionam e alteram o comportamento dos atores sociais. A noção de incentivos impende que tanto leis, como políticas públicas e decisões judiciais, que objetivam a proteção ambiental, precisam ser analisadas como incentivos para os indivíduos. “Ao analisarmos qualquer política pública, precisamos considerar não apenas seus efeitos diretos, mas também os efeitos indiretos e menos óbvios que operam por meio dos incentivos”.⁵¹

4.3 Externalidades

O mesmo vale para a noção econômica de **externalidade**. Uma externalidade surge quando “uma ação provoca um impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto”.⁵²

⁴⁹ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*, p. 16-18.

⁵⁰ MANKIW, N. Gregory. *Principios de Microeconomía*, p. 07.

⁵¹ MANKIW, N. Gregory. *Principios de Microeconomía*, p. 07.

⁵² MANKIW, N. Gregory. *Principios de Microeconomía*, p. 184.

Caso esse impacto seja adverso, teremos uma externalidade negativa. Em sendo benéfico, teremos uma externalidade positiva.

O meio ambiente é o que normalmente mais sente o impacto das externalidades negativas.

Por exemplo, os cientistas afirmam que a produção de papel libera, como subproduto do processo industrial, um produto químico chamado dioxina, o qual aumenta o risco de câncer, anomalias congênitas, dentre outros problemas de saúde. A liberação de dioxina no meio ambiente é um exemplo de externalidade negativa. Quando há uma externalidade, uma vez que ela atinge terceiros que não participam da ação, o interesse da sociedade em um resultado de mercado ultrapassa a figura dos compradores e vendedores de papel. Ele passa a incluir os terceiros atingidos.⁵³

Ocorre que o mercado, por si só, não impede que as empresas produtoras de papel emitam dioxina em excesso. Nem as empresas produtoras de papel, nem os consumidores do produto, levarão em conta as externalidades negativas do seu comportamento. A menos que o governo intervenha para proteger os interesses dos terceiros que são afetados.

Aplica-se, portanto, o princípio econômico que aduz que **“as instituições estatais podem melhorar os resultados dos mercados”**. Os formuladores de leis e políticas públicas podem remediar os efeitos das externalidades, impedindo ou desestimulando a conduta lesiva.

Por exemplo, ao constatar a externalidade negativa que é a emissão de fumaça pelos escapamentos dos carros, a qual polui o ar, afetando a saúde de terceiros, o governo procura resolver essa situação estabelecendo padrões de emissão de gases pelos automóveis, além de tributar a gasolina para desestimular a utilização do carro.⁵⁴

Além disso, levando em conta o princípio econômico de que as pessoas reagem a incentivos, ao detectar as possíveis externalidades oriundas de suas leis e políticas públicas, os poderes públicos têm a possibilidade de “internalizar a externalidade”, isso é, alterar os incentivos dados para que “as pessoas considerem os efeitos externos de suas ações”.⁵⁵

Isto pode ocorrer mediante a tributação de atividades geradoras de externalidades negativas e a concessão de subsídios para atividades geradoras de externalidades positivas. Esses impostos

⁵³ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 184.

⁵⁴ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 184.

⁵⁵ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 184.

tendentes a onerar as atividades produtoras de externalidades negativas denominam-se impostos corretivos.⁵⁶ Para Mankiw, ditos impostos constituem os melhores incentivos para as externalidades, preferíveis a simples regulamentação. Enquanto essa determina um nível de poluição permitida, aqueles oferecem incentivo econômico para reduzir a poluição, além de gerarem aumento da receita do governo e eficiência econômica.⁵⁷

Isto acontece porque, embora tanto a regulamentação quanto o imposto sirvam para diminuir a poluição, sob uma política de regulamentação de comando e controle, as fábricas não teriam motivo para reduzir as emissões se já tiverem atingindo a meta estabelecida na lei. Enquanto o imposto dá um incentivo para que as fábricas reduzam a poluição ao máximo, pois quanto menos poluírem, menos impostos pagarão.⁵⁸

Portanto, as regras impostas pelas instituições condicionam e alteram o comportamento dos empresários. Somente uma noção econômica acerca dos incentivos e externalidades possibilitam esse enfoque que muito pode contribuir para a preservação ambiental e a sustentabilidade. À referidas questões o Direito nunca dispensou interesse, precisou a ciência econômica despertar a atenção e demonstrar a sua real importância e impacto.

4.4 Paradigma consequencialista

Até agora foi tratado que os poderes públicos podem corrigir as externalidades produzidas pelo mercado, com medidas que impeçam ou desestimulem a conduta lesiva, no caso, a degradação ambiental.

No entanto, os poderes públicos, seja o executivo ao efetuar políticas públicas, seja o Legislativo ao criar as leis, seja o Poder Judiciário ao proferir decisões; não podem desconsiderar os efeitos externos de seu comportamento. Cada lei, política pública e decisão judicial gera consequências diretas e, também, de segunda ordem. Olvidar esse fator é incorrer em uma tomada de decisão míope, à revelia de suas consequências de segunda ordem.

Ao se tributar demasiadamente uma atividade econômica lesiva ao meio ambiente, o

⁵⁶ “Também denominados impostos de Pigou, em homenagem ao economista Arthur Pigou (1877-1959), um dos primeiros defensores de seu uso. O imposto corretivo ideal seria igual ao benefício externo de uma atividade com externalidades negativas”. MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 190.

⁵⁷ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 191.

⁵⁸ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 191.

governo pode inviabilizá-la, o que gera um sensível e negativo impacto econômico e social. Ao se encerrar uma atividade empresarial gera desemprego, o que consequentemente diminui o consumo e a produção de mais bens e serviços. Além de diminuir, também, a arrecadação de tributos.

Em que pese a maioria dos ambientalistas consideraram que a proteção ambiental deve ser perseguida a qualquer custo, é inegável que o aspecto econômico há que ser considerado. Conforme alude Mankiw, os ambientalistas “prejudicam sua própria causa quando se recusam a pensar em termos econômicos”. Um meio ambiente limpo é um bem extremamente valioso, mas seu valor precisa ser sopesado com o custo de oportunidade, ou seja, “àquilo que as pessoas têm que abrir mão para obtê-lo”. É impossível a eliminação completa da poluição. Isso traria um enorme retrocesso em importantes conquistas que proporcionam bem-estar social. “Poucas pessoas estariam dispostas a aceitar uma alimentação podre em nutrientes, cuidados médicos inadequados ou moradias improvisadas a fim de deixar o meio ambiente o mais limpo possível”.⁵⁹

Além de constituir um dos três pilares da sustentabilidade, o aspecto econômico tem o condão de aumentar o padrão de vida de um país, o qual depende de sua capacidade de produzir bens e serviços. “Países ricos têm condições financeiras para manter um meio ambiente mais limpo do que os países pobres”.⁶⁰

Além disso, assim como os demais bens, os recursos naturais estão sujeitos à lei da demanda: “quanto menor for o preço da proteção ambiental, mais proteção ambiental o público desejará”. Uma atuação estatal, com viés econômico, que utilize licenças de poluição e subsídios, por exemplo, reduzem o custo da proteção ambiental e podem, portanto, aumentar a demanda do público por um meio ambiente limpo.⁶¹

Uma análise econômica permite, portanto, a ampliação do horizonte da tomada de decisão sob um paradigma consequencialista, o qual, em inúmeros casos, é salutar para o próprio meio ambiente e os valores aos quais pretende proteger.

4.5 Os Recursos Comuns e a Tragédia dos Comuns

A Análise Econômica do Direito também detém o condão de lançar luz a uma nova perspectiva

⁵⁹ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 195.

⁶⁰ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 196.

⁶¹ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 196.

concernente aos recursos comuns.

A celeuma acerca da escassez de recursos bem como dos incentivos prestados com relação aos recursos comuns, pode ser melhor compreendida por meio da economia e da metáfora da Tragédia dos Comuns.

A economia subdivide os bens levando em conta duas características principais: Se as pessoas podem ser impedidas de utilizá-lo; e se a sua utilização por uma pessoa reduz a possibilidade de utilização pelos demais.

Assim, de acordo com ditas características, um bem é considerado **excludente** quando as pessoas podem ser impedidas de utilizá-lo. Já quando a utilização do bem por dada pessoa implica na redução da possibilidade de utilização pelos demais, ele é **rival**.⁶²

A partir dessas características os bens são elencados como sendo: bens privados⁶³; bens públicos; recursos comuns e bens artificialmente escassos.⁶⁴

Constitui objeto de interesse para o presente artigo os bens que não são excludentes, ou seja, que estão disponíveis para utilização de todos: **os bens públicos** e **os recursos comuns**.

Os **bens públicos** não são nem excludentes nem rivais no consumo. As pessoas não são impedidas de utilizar um bem público e a sua utilização não reduz a disponibilidade dele, de maneira que “podem ser utilizados por outras pessoas sem prejuízo de nenhuma delas”. Já os **recursos comuns** não são excludentes, porém são rivais no consumo. Isto quer dizer que os recursos comuns não podem ser impedidos de serem utilizados, mas a sua utilização por uma pessoa reduz sua disponibilidade aos demais. Assim a utilização de um recurso comum por uma pessoa causa prejuízo aos demais porque diminui sua disponibilidade.⁶⁵

O limite entre eles é tênue e muitas vezes se confunde. É, na verdade, uma questão de gradação a ser aferida no caso concreto. Por exemplo, uma estrada normalmente é um bem público, vez que não é excludente, todos podem utilizá-la. A utilização da estrada por uma pessoa também

⁶² MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 204.

⁶³ São tanto excludentes como rivais no consumo. Considere um sorvete, por exemplo. Ele é excludente porque é possível impedir que uma pessoa o tome. Da mesma forma é rival porque ao tomar o sorvete, outra pessoa não poderá tomar o mesmo sorvete. MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 204.

⁶⁴ São excludentes, mas não rivais no consumo. Por exemplo a proteção contra incêndio em uma cidade pequena. É fácil excluir as pessoas do uso desse bem, portanto ele é excludente. Mas não é rival, afinal de uma cidade paga pela proteção contra o incêndio, o custo de proteção para uma casa a mais é pequeno. MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 205.

⁶⁵ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 204.

não diminui a utilização pelos demais, portanto não é rival. Ocorre que se pensarmos em uma estrada altamente movimentada e sujeita a longos congestionamentos, ela se transforma em recurso comum. Isto porque embora ela continue não excludente, pois todos podem continuar utilizando-a; a utilização excessiva e os consequentes congestionamentos transformaram-na em um bem rival: a utilização por uma pessoa diminui a disponibilidade às demais, que passam a contar com estradas livres, porém congestionadas, perdendo tempo, paciência e dinheiro.⁶⁶

A utilização dos recursos comuns normalmente produz externalidades negativas. Isto ocorre porque algo de valor está sem o devido preço estipulado. Por que quando vamos a um restaurante em uma turma grande o gasto individual é sempre superior do que se fossemos sozinhos? Isto ocorre porque não temos condições de controlar os excessos no consumo dos demais e não queremos pagar pelo consumo alheio sem aproveitar também. O comportamento racional nos induz a um consumo abusivo, tentando extrair, individualmente, o máximo daquilo. Mesmo que isso prejudique o grupo como um todo, vez que todos irão arcar com uma conta muito alta no final.

É exatamente o raciocínio utilizado no que concerne ao comportamento humano com relação aos recursos comuns. O que Garrett Hardin denominou de “A Tragédia dos Comuns”, em alusão à tragédia utilizada pelo filósofo Whitehead.⁶⁷ A partir da ideia proferida pelo matemático amador William Forster Lloyd (1794-1852), em 1833, que refutava a viabilidade da mão invisível em conter o aumento populacional⁶⁸; Hardin criou a expressão e popularizou a sua utilização com a publicação do artigo “*The Tragedy of the Commons*”, em 1968 na revista científica *Science*.⁶⁹

O autor exemplifica a “Tragédia dos Comuns” utilizando-se da metáfora do pasto comum: Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada vaqueiro vai tentar manter o maior número de gado possível no terreno comum. A propriedade coletiva funciona bem porque a terra é abundante e devido a fatores externos como às guerras, à caça furtiva, e às doenças manterem o número de homens e animais bem abaixo da capacidade de absorção do solo. No entanto,

⁶⁶ MANKIOW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 204.

⁶⁷ “A essência da tragédia dramática não é infelicidade, reside na solenidade do trabalho sem remorsos das coisas.” [...] “Esta inevitabilidade do destino só pode ser ilustrada em termos de vida humana por incidentes que na verdade envolvem infelicidade. Porque é só por eles que a futilidade da fuga pode ser evidenciada no drama”. WHITEHEAD, A. N. **Science and the Modern World**, New York: Mentor, 1948, p. 17. *apud* HARDIN, Garrett. **A Tragédia dos Comuns**. Tradução de Jose Roberto Bonifacio. Disponível em: <<https://edisiplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1653315>> acesso em 25. Dez. 2017.

⁶⁸ Lloyd, assim como Hardin, criticavam o pensamento dominante, desde à época de Adam Smith, baseado na análise racional, ou seja, a tendência de supor que as decisões tomadas individualmente, de fato, serem as melhores decisões para toda uma sociedade.

⁶⁹ Artigo original disponível no endereço da revista Science: <<http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf>> Acesso em 25. Dez. 2017.

inevitavelmente chegará um dia em que a população irá crescer e, com ela, o número de gado no pasto comum. O número crescente de gado em uma quantidade fixa de terras, gera uma incapacidade da terra se recuperar. A intensa e crescente utilização da terra acaba a deixando estéril, impossibilitando a criação de gado e acabando com o sustento de toda a comunidade. Neste ponto reside a lógica de que o que é comum impiedosamente gera tragédia.⁷⁰

Na condição de indivíduos racionais, cada vaqueiro procura maximizar o seu ganho, indagando-se acerca da utilidade de acrescentar mais um animal ao rebanho. Esta utilidade tem um componente negativo e um positivo.⁷¹

O componente positivo corresponde ao incremento no lucro proveniente da venda do animal adicional. O componente negativo corresponde aos efeitos negativos do excesso de animais nas pastagens. Como o componente negativo é compartilhado por todos os vaqueiros, enquanto o componente positivo é obtido individualmente; cada indivíduo desconsidera o componente negativo, levando em conta apenas o componente positivo. Assim cada vaqueiro individualmente conclui que a tomada de decisão mais sensata é adicionar outro animal ao seu rebanho, seguido de outro e mais outro. “Mas esta é a conclusão alcançada por todos e cada vaqueiro racional partilha de um bem comum. Aí se encontra a tragédia. Cada homem está preso em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites - num mundo que é limitado”.⁷²

A metáfora ilustra como o acesso livre e irrestrito a um recurso comum e finito, termina por exauri-lo, condenando estruturalmente o recurso através da superexploração.

Segundo Hardin⁷³, uma sociedade que acredita na liberdade dos bens comuns está fadada à ruína, ante a inexorável condição humana de que todos os homens perseguem seus próprios interesses. “Liberdade num terreno baldio (*common*) traz ruína para todos”.

Mas o que causa a tragédia? Por que os vaqueiros permitiram o crescimento desenfreado do gado a ponto de tornar a terra estéril? Pelo mesmo motivo do alto valor da conta no restaurante. É que “os incentivos sociais e privados são diferentes”.⁷⁴ Nenhum vaqueiro tem incentivo para reduzir o tamanho do seu rebanho porque cada rebanho representa apenas uma parte do problema – o

⁷⁰ HARDIN, Garrett. **A Tragédia dos Comuns**; MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 210.

⁷¹ HARDIN, Garrett. **A Tragédia dos Comuns**.

⁷² HARDIN, Garrett. **A Tragédia dos Comuns**.

⁷³ HARDIN, Garrett. **A Tragédia dos Comuns**.

⁷⁴ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 210.

componente negativo é compartilhado entre todos, enquanto o componente positivo é obtido individualmente. O incentivo social proveniente de um recurso comum estimula que cada indivíduo maximize o uso do recurso, procurando extrair, individualmente, o máximo daquilo. Ou seja, estimula o consumo abusivo. Esse comportamento gera a superexploração do bem e o consequente exaurimento, prejudicando toda a coletividade – a inevitável tragédia.

Aplicando a metáfora aos recursos naturais, que são na sua maioria recursos comuns, impende constatar que perdurando essa condição estar-se-á condenando os recursos naturais a superexploração e exaurimento, e que, uma maneira de proteger nossos recursos naturais é convertendo bens comuns em propriedade privada, gerando no proprietário um incentivo para garantir a sustentabilidade.

Mankiw⁷⁵ explica a importância do direito de propriedade mediante à ameaça de extinção que acomete os animais que são um recurso comum. O economista narra que a América do Norte possuía mais de 60 milhões de búfalos quando da chegada dos europeus ao continente. A popularidade da caça já havia reduzido a espécie, pelos idos de 1900, a meros 400 animais. Essa realidade ainda é frequente em vários países africanos com relação à caça dos elefantes para a extração do marfim.

Ocorre que nem todos os animais portadores de valor comercial estão ameaçados de extinção, como é o caso dos rebanhos bovinos. Em que pese o altíssimo valor comercial e alta demanda pela carne e couro dos bovinos, a espécie não está em extinção porque, ao contrário dos búfalos e dos elefantes que são recursos comuns, os bovinos são propriedade privada.⁷⁶

Aliás, é exatamente devido à enorme demanda aonde reside a garantia da existência dos bovinos.

Os elefantes, por serem um recurso comum, circulam livremente, despertando fortes incentivos, aos caçadores, para matar o maior número de elefantes que conseguirem, sem preocuparem-se com a preservação da espécie. Já os bovinos, na qualidade de propriedade privada, vivem em propriedades cercadas, cujos proprietários são incentivados a manterem alta a população de animais em sua propriedade. Isto porque colhem o benefício desse esforço.

⁷⁵ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 214.

⁷⁶ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**, p. 214.

Gonçalves e Stelzer⁷⁷ trazem o pensamento de Ludwig Von Mises, segundo o qual, seria vantajoso a conversão de recursos naturais em propriedade privada sujeita a exploração econômica, vez que nenhum proprietário, na qualidade de indivíduo racional, permitiria a destruição ou extinção dos recursos geradores de renda.

Segundo os autores: “se por um lado cabe a crítica da “coisificação”, inclusive de seres vivos, como é o caso das fazendas de ostras em Florianópolis; por outro, ninguém está preocupado com a extinção daquele animal; e isso é fato”.⁷⁸

Já em 1949, Mises⁷⁹ alertava para essa questão:

Se a terra não pertence a alguém, embora o formalismo legal possa chamá-la de propriedade pública, ela é usada sem qualquer consideração às desvantagens resultantes. Aqueles que estão em posição de apropriar-se dos rendimentos — Madeira e caça das florestas, peixe das áreas aquáticas e depósitos minerais do subsolo — não se preocupam com os efeitos posteriores de seu modo de exploração. Para eles, erosão do solo, decréscimo dos recursos esgotáveis e outros danos ao uso futuro são custos externos que não entram em seus cálculos de entrada e saída. Eles cortam árvores sem qualquer consideração por mudas ou reflorestamento. Ao caçar e pescar, não abrem mão de usar métodos que evitam o repovoamento dos locais de caça e pesca.

Dessa maneira e sob essas perspectivas desvendadas mediante uma óptica econômica, há que se considerar, ante a imperiosa necessidade de preservação e manutenção dos recursos naturais, a viabilidade e eficácia de mantê-los, em sua maioria, como recursos comuns.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento de como operam os incentivos, a determinação dos resultados por eles produzidos e a avaliação e análise da alternativa mais eficiente e benéfica para toda a sociedade em geral constitui a pedra de toque da Análise Econômica do Direito.

A ausência de conhecimentos econômicos quando da formulação de leis, políticas públicas e decisões judiciais, bem como da noção de incentivos e do impacto e consequências de segunda ordem produzidas pelas mesmas, cria um divórcio entre empresas e a preservação ambiental. Dessa

⁷⁷ GONÇALVES, Everton Das Neves; STELZER, Joana. Baleiras, Ostras e o Direito de Propriedade para a Análise Econômica do Direito. **Direito, economia e desenvolvimento sustentável I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Jonathan Barros Vita, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

⁷⁸ GONÇALVES, Everton Das Neves; STELZER, Joana. Baleiras, Ostras e o Direito de Propriedade para a Análise Econômica do Direito. **Direito, economia e desenvolvimento sustentável I**.

⁷⁹ VON MISES, Ludwig. Human Action: A Treatise on Economics. New Haven: Yale University Press, 1949 *apud* GONÇALVES, Everton Das Neves; STELZER, Joana. Baleiras, Ostras e o Direito de Propriedade para a Análise Econômica do Direito. **Direito, economia e desenvolvimento sustentável I**.

maneira, as leis, políticas públicas e decisões que visam proteger o meio ambiente, por vezes não só não o protege, como criam incentivos a degradação ambiental, penalizando todos os demais cidadãos com as externalidades negativas produzidas.

Portanto, a Análise Econômica do Direito é extremamente bem-vinda a fim de possibilitar uma visão da realidade nacional sob a perspectiva econômica, produzindo incentivos mais eficientes para a promoção da almejada sustentabilidade do país.

O arsenal econômico descortina, assim, novas perspectivas, extremamente necessárias para a análise dos fenômenos jurídicos.

É imperiosa a abertura desse novo horizonte de pensamento e interpretação, com vistas ao aprimoramento de leis, políticas públicas e decisões judiciais em matéria ambiental. A Análise Econômica tem o condão de aproximar as leis, políticas públicas e decisões judiciais com o escopo de preservação ambiental da realidade concreta, econômica e social, dando amplitude a uma visão até então míope, de maneira que torne possível responder de modo mais eficiente às necessidades da sociedade e do meio ambiente preservado.

A Análise Econômica do Direito deve servir para melhor orientar as leis, políticas ambientais bem como as decisões judiciais, demonstrando a estrutura de incentivos que as envolvem e o contundente impacto que produzem econômica e socialmente, auxiliando na escolha de alternativas mais racionais e eficientes na promoção do desenvolvimento econômico sustentável.

Ao ampliar o campo de visão e trazer uma nova forma de analisar o problema, a Análise Econômica do Direito demonstra os *tradesoff* a serem enfrentados em cada tomada de decisão, permitindo uma opção mais racional e consciente na escolha dos interesses a serem protegidos ou, ainda, na adjudicação de valores em detrimento de outros.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALENZA GARCÍA, José Francisco. **Manual de Derecho ambiental**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2001.

BOLSELLMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015.

BUGGE, Hans Christian. 1987-2007: “Our Common Future” Revisited. In: _____; VOIGT, Christina

(ed.) **Sustainable Development in International and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2008.

EKARDT, Felix. Sustainability and a New Concept of Liberty. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina (ed.) **Sustainable Development in International and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloíse Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

GICO JÚNIOR, Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460> > acesso em 20 de mar. 2017.

GONÇALVES, Everton Das Neves; STELZER, Joana. Baleiras, Ostras e o Direito de Propriedade para a Análise Econômica do Direito. **Direito, economia e desenvolvimento sustentável I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Jonathan Barros Vita, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

HARDIN, Garrett. **A Tragédia dos Comuns**. Tradução de Jose Roberto Bonifacio. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1653315> > acesso em 25. Dez. 2017.

LEFF, Enrique. **Ecología y Capital**. Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable. México: Siglo Veintiuno editores, 1986

MANKIOW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. Tradução da 6. ed. Norte-Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título original: *Principles of microeconomics*.

MASMANIAN, Daniel A.; KRAFT, Michael E. The three epochs of the environmental movement. In: _____; _____ (eds.) **Toward Sustainable Communities**. Transition and transformations in

Environmental Policy. Massachusetts: The MIT Press, 1999.

ONU. **Our common future**. World Commission on Environment and Development, 4 de Agosto de 1987. Disponível em: <<https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

ONU. **Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development**. 2002.

Disponível em:

<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf>.

Acesso em: 03 de abril de 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. El desarrollo Sostenible como principio jurídico. *In*: _____ (director).

Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed.

Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2007. Título original: *Economic analysis of law*.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. *In*:

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito**

Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Itajaí: Editora Univali, 2013.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Traducción de José Luiz Pérez Hernández. 1. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.

ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An introduction to Sustainable Development**.

Londres: Earthscan, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogo com a Law & Economics**. 2.

ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSS, Andrea. **Sustainable Development Law in the UK**. From rhetoric to reality? Oxon:

Earthscan, 2012.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Organização de Paula Yone Stroh.

Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier. Sustainable Development in International Law. *In*: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina (ed.) **Sustainable Development in Internacional and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2008.

WINTER, Gerd. A fundamental and two pillars. The concept of Sustainable Development 20 years after Brundtland Report. *In*: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. **Sustainable Development in Internacional and National Law**. Amsterdam: Europa Law Publishinf, 2008.

A UTILIZAÇÃO DO IMPOSTO COMO MEIO DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Ana Paula Alexandre Machado de Oliveira Pinto¹

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como tema a utilização do imposto como forma de tutela do meio ambiente. O seu objeto, portanto, consiste na investigação da natureza dos diversos impostos existentes no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro com o fim de neles identificar as possibilidades e limites de sua utilização como forma de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante denominada CRFB), que conferiu ao meio ambiente tratamento privilegiado – arts. 23, inc. VI, 170, inc. VI, e 225 – a cada ano a reflexão acerca do papel a ser desempenhado pelo direito tributário na proteção ambiental vem ganhando significativo espaço nas agendas políticas e na discussão nos âmbitos jurídico e econômico, em especial a partir da visão do Estado como agente interventor na ordem econômica.

A partir da clara intenção do Constituinte de atribuir ao Estado o papel de indutor de boas práticas ambientais, passou-se a considerar que os denominados tributos ambientais poderiam ser uma das vias para a concretização desse múnus público. Percebeu-se, ainda, que essa técnica de tributação tem vocação de ir além, na condição de instrumento capaz de compatibilizar os interesses econômicos e os objetivos ambientais com maior eficiência e eficácia.

Nesse contexto, pretende-se investigar de forma minudente os diversos impostos estabelecidos pela CRFB com o fim de verificar sobre qual espaço normativo o Constituinte permitiu a criação e implementação da tributação ambiental. Verificar-se-á, assim, as possibilidades desse fenômeno, no tocante aos impostos, no Brasil. Para tanto, partiu-se da hipótese de que essa técnica não só pode como deve ser utilizada pelo ente público tributante como meio efetivo de proteção do meio ambiente.

¹ A autora é aluna da Disciplina Governança Transnacional e Sustentabilidade, ministrada pelo Professor Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, no primeiro semestre do ano de 2017, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Assim, para uma melhor visualização do estudo, o artigo a seguir foi estruturado em cinco capítulos, de forma a permitir o desenvolvimento lógico do tema proposto: 1) As Espécies Tributárias e a Tutela do Meio Ambiente; 2) Os Impostos Residuais e a Tributação Ambiental; 3) Os Impostos Federais de Natureza Ambiental; 4) Os Impostos Estaduais de Natureza Ambiental; e 5) Os Impostos Municipais de Natureza Ambiental.

É importante salientar que não há a pretensão de se esgotar todas as questões levantadas, uma vez que se trata de um assunto atual e dinâmico.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de Investigação², foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano⁴, e, finalmente, o Relatório dos Resultados está expresso na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷, da Pesquisa Bibliográfica⁸. A pesquisa foi, na sua totalidade, bibliográfica e documental.

1. AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Desenvolver a ideia da utilização do tributo como instrumento para a proteção do meio ambiente consiste, em essência, em visualizá-lo sob sua faceta extrafiscal.

Sabe-se que a extrafiscalidade está presente quando o Estado utiliza os tributos como instrumento para alcançar finalidades regulatórias de condutas sociais, em matéria econômica, ambiental, política (administrativa, demográfica, sanitária, cultural) ou social⁹. O ente tributante,

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 87.).

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa**: teoria e prática. p. 91.).

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 65.).

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 36.).

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54.).

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 215.).

⁹ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org).

assim, vale-se das diversas figuras tributárias como forma de intervir na direção da atividade econômica com o intuito de alcançar determinados objetivos almejados pela sociedade¹⁰.

Essa extrafiscalidade não é um regime especial; apenas se orienta a fim de atingir outros interesses (sociais, políticos ou econômicos) por meio do direcionamento da atividade impositiva tributária¹¹.

Aliás, a rigor, nas palavras de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas¹²,

Não é o tributo que é extrafiscal; concretiza-se a extrafiscalidade com uma série de medidas que influenciam o comportamento humano, visando a determinados fins. O legislador, levando em conta esses fins, caracteriza os critérios definidores do tributo, mexendo no sistema de alíquotas, base de cálculo, outorgando isenções e outros benefícios.

Sob essa perspectiva, em âmbito ambiental, a orientação de condutas por meio da extrafiscalidade poderá ser perpetrada sob duas formas:

1. o manejo de tributos: com o emprego das diversas espécies de tributos, desestimula-se comportamentos ou atos que, embora lícitos, são considerados prejudiciais ao meio ambiente, ou, *contrario sensu*, por meio do manejo, em especial, do elemento quantitativo da regra matriz de incidência (base de cálculo e alíquota), instiga-se o comportamento do contribuinte de forma benéfica ao meio ambiente. Afinal, a caracterização de um tributo como extrafiscal não está atrelada apenas à sua finalidade delimitada na norma jurídica, mas, em essência, na sua estrutura impositiva utilizada justamente para promover ou desestimular uma determinada conduta;
2. o estabelecimento de incentivos fiscais: com a utilização de incentivos fiscais, pode-se fomentar o comportamento desejado por uma política tributária-ambiental (comissivo ou omissivo), de modo a atribuir-se consequências agradáveis ou por meio de sua facilitação. Isso pode ser feito por meio de subsídios, isenções, créditos especiais, dentre outras técnicas. Tratar-se-á mais à frente neste capítulo acerca das isenções, tema esse que se encontra dentro do âmbito do direito tributário, enquanto deixar-se-á de investigar as demais formas de incentivo, por estarem inseridas no âmbito do direito financeiro¹³.

Da leitura dos diversos dispositivos constitucionais, verifica-se, de plano, que não há, no Sistema Tributário Constitucional brasileiro, previsão de tributo *stricto sensu* atrelado à tutela do meio ambiente. Percebe-se, ainda, que o Constituinte não só delimitou as espécies tributárias possíveis como também especificou (qualificou) todas as materialidades passíveis de incidência da

Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 688.

¹⁰ MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação Ambiental: Reflexões sobre a Introdução da Variável Ambiental no Sistema Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 179.

¹¹ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários.* p. 690.

¹² RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários.* p. 691.

¹³ MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação Ambiental: Reflexões sobre a Introdução da Variável Ambiental no Sistema Tributário.** p. 182.

exação tributária, restando para a União apenas a competência residual em matéria de impostos e contribuições¹⁴.

Nesse contexto, pretende-se, a seguir, analisar os diversos impostos já existentes para neles identificar, dentro de seus diversos elementos, a respectiva vocação para a proteção ao direito fundamento ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Explorar-se-á, pois, o que pode ser feito pelo legislador infraconstitucional sem a necessidade de alteração dos preceitos constitucionais.

2. OS IMPOSTOS RESIDUAIS E A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

Antes de analisar o viés ambiental dos impostos já existentes, deve-se investigar a possibilidade de introdução de novas modalidades desse tributo, frente ao inscrito na CRFB, em razão da competência residual imposta à União.

A CRFB estabelece, em seu art. 154, inc. I, a competência residual da União para criar, por lei complementar, impostos não previstos no art. 153, “desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”¹⁵.

Dessa forma, na esteira do preconizado pelo texto constitucional brasileiro, apenas a União teria a competência para instituir um imposto ambiental *stricto sensu*¹⁶. Os impostos, contudo, têm por característica essencial a sua não-vinculação à atividade estatal específica relativa ao contribuinte, de forma a inviabilizar a sua exigência distintamente de um ou outro sujeito passivo da obrigação tributária. Aliás, a cobrança dos impostos, a rigor, só poderá variar conforme critério de discriminação constitucionalmente estabelecido, de acordo com a capacidade econômica do contribuinte (CRFB, art. 145, § 1º), o que impossibilita oscilações com parâmetro em qualquer outra variável, inclusive sua atividade (CRFB, art. 150, inc. II)¹⁷.

Daí porque a exigência de impostos de modo diferenciado em decorrência da maior ou

¹⁴ TÔRRES, Heleno Taveira. Da Relação entre Competências Constitucionais Tributária e Ambiental – os Limites dos Chamados “Tributos Ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102-103.

¹⁵ MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: Reflexões sobre a Introdução da Variável Ambiental no Sistema Tributário**. p. 243.

¹⁶ MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: Reflexões sobre a Introdução da Variável Ambiental no Sistema Tributário**. p. 243.

¹⁷ FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 347.

menor adequação da atividade do contribuinte a parâmetros de preservação ambiental seria tida, inevitavelmente, por inconstitucional por afronta aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva¹⁸.

De outro vértice, certo é que, dentro do âmbito dos impostos já existentes, há campo fértil de eleição extrafiscal, em especial no tocante aos tidos por indiretos, incidentes sobre a produção e o consumo. Detêm essas exações aptidão para serem utilizadas como instrumento de tributação no campo ambiental, por meio de diversos mecanismos relacionados ao manejo dos elementos da regra matriz de incidência¹⁹. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas²⁰ traz alguns exemplos: “[...] por meio de mecanismos de graduações de alíquotas, reduções de base de cálculo e seletividade, isenções e restituições, dependendo da natureza dos produtos, visando a incrementar ou desestimular a produção dos que sejam poluidores ou cujo processo produtivo afete negativamente o ambiente.”

A autora se refere, na espécie, à técnica da seletividade. Esse mecanismo representa mais um meio de exteriorização do postulado da capacidade contributiva, por meio da valorização da utilidade social do bem. Com base em dois permissivos constitucionais – CRFB, arts. 153, § 3º, inc. I, e 155, § 2º, inc. III – essa técnica de incidência é suscetível de utilização no IPI e no ICMS mediante a variação de alíquotas na razão direta da superfluidade do bem (menor alíquota para bens essenciais; maior alíquota para bens mais supérfluos). Isso significa dizer que a alíquota será maior na razão inversa da essencialidade (imprescindibilidade) do bem²¹.

Em essência, portanto, como acentua Aliomar Baleeiro²², quanto mais sejam as mercadorias necessárias à alimentação, ao vestuário, à moradia, ao tratamento médico e higiênico das classes mais numerosas, tanto menores devem ser as alíquotas desses dois impostos.

Essa seletividade mostra-se, assim, como instrumento, em potencial, para frear o consumo de bens indesejáveis ou menos necessários e liberar espaços para investimentos merecedores de apoio, o que permite também uma redistribuição de rendas e uma maior aproximação da Justiça Fiscal²³.

¹⁸ FERRAZ, Roberto. **Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil**. p. 347.

¹⁹ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários*. p. 696.

²⁰ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários*. p. 696.

²¹ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185.

²² BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 490.

²³ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários*. p. 697.

Passa-se, pois, a seguir a analisar cada um dos impostos com índole de viabilização da tutela do meio ambiente.

3. OS IMPOSTOS FEDERAIS DE NATUREZA AMBIENTAL

3.1 O IR

De acordo com Paulo Alves da Silva Paiva²⁴, o Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (doravante denominado IR) foi o primeiro tributo utilizado com propósitos ambientais no Brasil. Com a edição da Lei n. 5.106, de 2.9.1966, autorizou-se que os valores empregados em florestamento e reflorestamento fossem deduzidos da base de cálculo do IR devido pelas pessoas físicas e jurídicas. A rigor, essa redução tinha caráter de benefício fiscal com viés ambiental, revogado implicitamente pelo advento da Lei n. 9.532, de 12.10.1997, que, ao regular a matéria concernente às isenções fiscais, deixou de prever esse incentivo.

Desde então, a União passou a conceder incentivos fiscais sobre o IR como forma de estimular a inovação tecnológica e a melhoria da qualidade e competitividade dos produtos brasileiros, mas não se focou para políticas de promoção do meio ambiente na instituição desse tributo²⁵.

De todo modo, não restam dúvidas acerca da possibilidade de o IR, nas palavras de Roque Antonio Carrazza²⁶, “ser posto a serviço da extrafiscalidade”.

Mais especificamente no tocante à extrafiscalidade de cunho ambiental, destaca o referido autor²⁷:

De fato, viria ao encontro da idéia de preservação ambiental lei que permitisse fossem deduzidas da base de cálculo do IR as despesas da pessoa jurídica com o tratamento do lixo industrial, com a conservação de imóveis revestidos de vegetação arbórea (declaração de preservação permanente ou perpetuada, nos termos do art. 6º do Código Florestal) e com aquisições de equipamentos e máquinas que impedem a contaminação de rios ou da atmosfera (catalisadores, filtros etc.), de produtos ecologicamente corretos (por exemplo, biodegradáveis), de materiais fabricados com a reciclagem de resíduos industriais ou que não causam danos à camada de ozônio, de bens não-descartáveis (copos

²⁴ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013. p. 108.

²⁵ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 108.

²⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 145.

²⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)**. p. 145.

de vidro, talheres de metal), de dínamos (no lugar das pilhas comuns, que, lançadas no meio ambiente, acabam por degradá-lo).

O jurista ainda vai além, ao sugerir a alteração do IR para que se permitisse a dedução de despesas com: 1) a preservação do meio ambiente; 2) a urbanização de bairros, a recuperação de águas poluídas, 3) a conservação de bens de valor histórico, artístico ou cultural; e 4) a manutenção de praças, parques e jardins públicos²⁸.

3.2 O ITR

O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (doravante denominado ITR), de competência privativa da União (CRFB, art. 153, inc. VI), tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza localizado fora da zona urbana do município. O contribuinte desse imposto é o proprietário do bem, o titular de seu domínio útil ou o possuidor a qualquer título²⁹.

Apesar de ser tido como um imposto real (na forma tratada no subitem 2.2.1.2.5), a CRFB permite a utilização de alíquotas progressivas desse imposto, como modo de desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153, § 4º, inc. I)³⁰.

O aludido preceito constitucional, portanto, ampara tanto a estipulação de alíquota maior à medida que aumenta a base de cálculo (progressividade), como também o emprego extrafiscal do ITR. Permite, assim, que seja mais onerado pela exação o proprietário que não confira destinação econômica ao seu imóvel rural ou que não o faça na extensão e com a eficiência adequadas, de modo a deixar de obter a produtividade que dele se possa esperar³¹.

Dentro do campo dos incentivos fiscais relacionados ao ITR, a União, por meio da Lei n. 9.393, de 19.12.1996, concedeu inúmeras isenções com caráter ambiental, contemplando, de acordo com Paiva³², as seguintes áreas:

- a) áreas de preservação permanente e de reserva legal;
- b) áreas de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas;

²⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)**. p. 146.

²⁹ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. p. 1096-1097.

³⁰ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 111.

³¹ MELO, José Eduardo Soares de; PALSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 10 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 228.

³² PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 111.

- c) áreas comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal;
- d) áreas sob regime de servidão florestal ou ambiental;
- e) áreas cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias, em estágio médio ou avançado de regeneração.

Esse benefício é concedido por meio da retirada dessas glebas como área tributável, para fins de apuração da base de cálculo do tributo³³.

3.3 O II e o IE

Como é cediço, os impostos que gravam o comércio exterior, de competência privativa da União (CRFB, art. 153, incs. I e II) têm na extrafiscalidade sua natureza essencial, já que são utilizados, principalmente, como instrumentos de proteção da economia. Em razão da dinâmica das atividades relacionadas ao comércio exterior e à indústria nacional, mitiga-se os princípios constitucionais da anterioridade e da legalidade tributária, de modo a permitir-se a majoração de suas alíquotas, a qualquer tempo, e sem a necessidade de lei específica³⁴.

Mostram-se, pois, muito mais importantes como mecanismos de proteção da indústria e do comércio nacionais do que como instrumento de recursos financeiros para o Tesouro Nacional. Afinal, caso não existissem esses dois tipos de impostos, em especial o Imposto de Importação de Produtos Estrangeiros (doravante denominado II), os produtos industrializados brasileiros, em sua grande maioria, não teriam condições de competir com seus similares produzidos em outros países³⁵.

No que diz respeito ao II, não há óbices para a atribuição de viés ambiental à exação. É possível, portanto, que seja levado em consideração, por exemplo, o potencial poluidor de cada produto importado para fins de fixação do elemento quantitativo de sua regra matriz de incidência (para a averiguação do valor a ser pago pelo tributo), em especial no estabelecimento de sua alíquota³⁶.

Acerca do tema, pontua Jorge Henrique de Oliveira Souza³⁷:

³³ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 111-112.

³⁴ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 113.

³⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 309.

³⁶ SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 148.

³⁷ SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. p. 148.

A União, competente para instituir o imposto de importação, deve levar em conta, a nossa sentir, no momento da fixação das alíquotas de cada produto importado, não apenas o potencial poluidor decorrente da utilização desse produto (resíduos, sua decomposição, embalagens, possibilidade de reaproveitamento), o qual traz impacto para os ecossistemas nacionais, mas ponderar também em que condições são produzidos esses produtos, dado que praticamente todos os impactos ambientais atingem, de alguma forma, em maior ou menor escala, todo o planeta terra.

Paiva³⁸ vai além, ao sugerir a definição das alíquotas do II em função dos certificados de gestão ambiental concedidos por organismos nacionais ou internacionais, a exemplo do ISO 14000. Esse certificado avalia fatores ligados ao meio ambiente, como o cumprimento da legislação ambiental e o diagnóstico de impacto ambiental.

Em relação ao Imposto de Exportação para o Exterior de Produtos Nacionais ou Nacionalizados (doravante denominado IE), muito embora também seja possível a atribuição de caráter ambiental, na aferição do valor devido da exação, mostra-se improvável e pouco efetiva a sua implementação, já que vai de encontro às políticas de desoneração das exportações. Pode, inclusive, gerar efeitos danosos à competitividade dos produtos nacionais, de forma a comprometer o comércio exterior³⁹.

3.4 O IPI

O Imposto sobre Produtos Industrializados (doravante denominado IPI), também de competência privativa da União (CRFB, art. 153, inc. IV), abrange, na condição de base econômica tributável, as operações com produtos industrializados. É exação que grava, portanto, a produção, de forma a alcançar o negócio jurídico (operação) que tenha por objeto qualquer bem (produto) decorrente de processo de industrialização promovido por um dos contraentes. Diz-se, assim, que a incidência do tributo pressupõe: 1) a industrialização; e 2) a saída do produto do estabelecimento industrial⁴⁰.

Em razão de seu caráter essencialmente extrafiscal, a CRFB é, nas palavras de Paulsen e Melo⁴¹, “categórica ao determinar a observância da técnica da seletividade na instituição do IPI”. Isso significa dizer que o legislador infraconstitucional, ao instituir esse tributo, deve adotar uma

³⁸ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 114.

³⁹ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 114.

⁴⁰ MELO, Jorge Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 109.

⁴¹ MELO, Jorge Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 114.

tributação diferenciada de acordo com a qualidade do objeto tributado⁴².

Pretende, nesse caminhar, o Constituinte que esse tributo seja dotado de função extrafiscal proibitiva, ou seja, deve tributar mais pesadamente os artigos supérfluos (ou de luxo), como os perfumes, além daqueles cujo consumo seja desaconselhável, como as bebidas e cigarros⁴³. Porém, conforme adverte Hugo de Brito Machado⁴⁴, até hoje “parece que essa função ‘proibitiva’ jamais produziu os efeitos desejados. Ninguém deixou de beber ou fumar porque a bebida ou o fumo custasse mais caro, em razão da incidência exacerbada do imposto”.

De todo modo, admite-se, por meio da existência desse princípio, imposto incisivamente pelo texto constitucional, a possibilidade de atribuir finalidade ambiental a este tributo. Com base nesse espírito, aliás, que, por meio do Decreto n. 755, de 19.2.1993, a União estabeleceu alíquotas reduzidas para veículos automotores movidos a álcool, enquanto fixou alíquotas maiores para os veículos movidos a gasolina⁴⁵.

Dessa forma, em vista ao princípio da seletividade, de imposição taxativa e obrigatória para o IPI (CRFB, art. 153, § 3º, inc. I), há suporte constitucional para que o legislador infraconstitucional escolha alíquotas menores para produtos de menor impacto ambiental e alíquotas maiores para produtos cujo impacto ecológico seja alto⁴⁶.

4. OS IMPOSTOS ESTADUAIS DE NATUREZA AMBIENTAL

4.1 O ICMS

Na lição de Fernando Facury Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu⁴⁷, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (doravante denominado ICMS) tido por ecológico tem sua origem relacionada à busca de alternativas para o financiamento público em municípios cujas restrições ao uso do solo são fortes empecilhos ao desenvolvimento de atividades econômicas

⁴² MELO, Jorge Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 114.

⁴³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. p. 335.

⁴⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. p. 335.

⁴⁵ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 113.

⁴⁶ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 113.

⁴⁷ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e Políticas Públicas: o ICMS Ecológico. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 735.

clássicas.

Muito embora denominado ICMS ecológico, a rigor, este não consiste em uma técnica de tributação propriamente dita, mas sim de repartição de receita a desembocar no direito financeiro (e não no direito tributário). Com amparo no art. 158, parágrafo único, inc. II, da CRFB e na Lei Complementar n. 63, de 11.1.1990, trata-se de mecanismo que permite destinar, por meio de lei estadual, uma parcela maior do ICMS para os municípios que venham a implementar políticas ambientais⁴⁸.

De acordo com Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira⁴⁹, com base nos aludidos permissivos normativos, vários entes estaduais, após a iniciativa pioneira do Estado do Paraná, em 1991, têm implementado o ICMS Ecológico⁵⁰. E enumeram essas iniciativas:

Verificada a experiência positiva do Paraná, o modelo passou a ser desenvolvido em outros Estados da Federação, como São Paulo, em 1993, Minas Gerais, em 1995, Rondônia, em 1996, Amapá, em 1996, Rio Grande do Sul, em 1997, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, em 2001, Pernambuco, em 2001, Tocantins, em 2002. No Estado do Rio de Janeiro, o tema acabou sendo aprovado pela Assembleia Legislativa em setembro de 2007, tendo a referida lei sido sancionada pelo Governador Sergio Cabral em outubro do mesmo ano⁵¹.

Percebe-se, pois, que a política fundamentadora do ICMS Ecológico evidencia clara intervenção positiva do Estado, “como um fator de *regulação não coercitiva*, através da utilização de uma forma de subsídio, tal como um incentivo fiscal intergovernamental”⁵². Esse incentivo mostra-se como forte instrumento econômico extrafiscal com o fim de alcançar a finalidade constitucional de preservação do meio ambiente, promovendo, do mesmo modo, a justiça fiscal. Estimula, por certo, a ação voluntária dos municípios em buscarem um aumento de receita por intermédio da busca pela melhoria da qualidade de vida de suas populações⁵³.

A implementação do ICMS Ecológico, ademais, não exige complexas alterações legislativas. Afinal, basta a modificação ou criação de lei estadual, uma vez que, como dito acima, os princípios

⁴⁸ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 116-117.

⁴⁹ FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito Ambiental Tributário**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 151.

⁵⁰ Ainda de acordo com Fiorillo e Ferreira, “a experiência que atualmente se verifica no Estado do Paraná se direciona com o estabelecimento das chamadas áreas de Reservas Particulares do Patrimônio Cultural (RPPNs). Nesse Estado, parte do valor transferido ao Município a título de ICMS ecológico é repassado ao proprietário das RPPN” (FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito Ambiental Tributário**. p. 151).

⁵¹ FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito Ambiental Tributário**. p. 152-153.

⁵² SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação e Políticas Públicas: o ICMS Ecológico**. p. 735.

⁵³ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação e Políticas Públicas: o ICMS Ecológico**. p. 735.

basilares de repartição financeira já se encontram inscritos na CRFB e na maioria das Constituições Estaduais⁵⁴.

Além dessa possibilidade de repartição do ICMS aos Municípios, os Estados e o Distrito Federal, ainda, detêm a alternativa de utilização desse tributo como importante instrumento a estimular a prática de comportamentos ambientais, na medida que este incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal⁵⁵.

Esse imposto, cujo fato gerador é representado por uma gama variada de exteriorizações de riqueza, é regido pelo princípio da seletividade. Esse princípio, inscrito no art. 155, § 2º, da CRFB, permite a fixação de alíquotas, pelos Estados, de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços submetidos a essa exação⁵⁶.

De modo mais específico, Jorge Henrique Souza⁵⁷ considera que o princípio da seletividade (essencialidade) permite uma diferenciação de alíquotas, inclusive, entre produtos igualmente essenciais, as quais seriam fixadas em função do impacto ambiental que acarretam, seja na produção, na comercialização ou mesmo no consumo dos bens. E acrescenta:

[...] o ICMS sobre operações mercantis, distinguindo os produtos que não provocam impacto ambiental, quer no processo produtivo, quer na sua comercialização/transporte ou no consumo final, pode ser utilizado como instrumento de alcance de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela aplicação do princípio da essencialidade⁵⁸.

Ademais, dentro do campo do princípio da não-cumulatividade (CRFB, art. 155, § 2º, inc. I), podem, do mesmo modo, os Estados e o Distrito Federal conceder benefícios para aqueles que operem produtos sustentáveis ou utilizem meio de transporte menos impactante ao meio ambiente. É justamente sob esse espírito que o Regulamento do ICMS de Santa Catarina⁵⁹ prevê a concessão de aproveitamento de crédito presumido nas saídas de produtos industrializados “em cuja fabricação haja sido utilizado material reciclável correspondente a, no mínimo, 75% (setenta e

⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação e Políticas Públicas: o ICMS Ecológico**. p. 736.

⁵⁵ NASCIMENTO, Rafael do; ROBL, Ronan Saulo. **A Tributação Ambiental como Instrumento Auxiliar do Desenvolvimento Sustentável**. Artigo não publicado, apresentado para a disciplina “Estado Contemporâneo e Direito Ambiental (Seminário)”, lecionado pelo Professor Gabriel Real Ferrer. p. 15.

⁵⁶ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 116-117.

⁵⁷ SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 168.

⁵⁸ SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. p. 168-169.

⁵⁹ BRASIL. Estado de Santa Catarina. **Regulamento do ICMS**. Decreto n.º 2.870, de 27 de agosto de 2001. Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, SC, 28 de agost. 2001. Disponível em: http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/decretos/2001/dec_01_2870.htm. Acesso em: 23 abril 2017.

cinco por cento) do custo da matéria prima” (Anexo II, art. 21).

4.2 O IPVA

O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (doravante denominado IPVA), de competência privativa dos Estados e do Distrito Federal, tem como fato gerador a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie (automóvel, motocicleta, caminhão, etc.)⁶⁰. As suas alíquotas, por sua vez, são fixadas com base no ano de fabricação, na marca e no modelo do veículo, enquanto a base de cálculo é determinada no exato valor do bem⁶¹.

Nos termos do art. 155, § 6º, incs. I e II, da CRFB, ademais, as alíquotas do imposto: 1) terão seu patamar mínimo fixado pelo Senado Federal (inc. I); e 2) poderão ser fixadas em decorrência do tipo e utilização do veículo, do qual se infere uma latente extrafiscalidade⁶².

Acerca do tema, ressalta Eduardo Sabbag⁶³:

[...] Ademais, poderá o IPVA ter alíquotas diferenciadas em função do *tipo* e *utilização* do veículo, do que se depreende uma *latente* progressividade ao imposto em comento (art. 155, § 6º, I e II, CF). Frise-se que tal progressividade *não* é explícita no texto constitucional, como o é para o IPTU, IR e ITR, parecendo-nos mais o IPVA um imposto que se sujeita à extrafiscalidade, assumindo função regulatória, do que, propriamente, um gravame progressivo.

Nesse passo, justamente em razão dessa índole regulatória, conferida implicitamente pelo texto constitucional, alguns entes estaduais passaram a utilizar o IPVA para atingir finalidades ambientais, em especial com a adoção de alíquotas diferenciadas de acordo com o potencial de poluição do veículo, que varia segundo o tipo de combustível empregado. O Estado de São Paulo assim o fez, com a edição da Lei n. 13.296, de 23.12.2008, mediante o estabelecimento de alíquota de 3% para veículos movidos a álcool, gás natural ou eletricidade e de 4% para veículos movidos a combustíveis derivados do petróleo⁶⁴.

Pode-se, ainda, citar, como exemplo, outros Estados que também tomaram a mesma iniciativa: 1) o Estado do Paraná, com a escolha de alíquota de 1% para veículos movidos a gás natural e de 2.5% para os demais combustíveis (Lei Estadual n. 14.558, de 15.12.2004); 2) o Estado

⁶⁰ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. p. 1085.

⁶¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. p. 396.

⁶² SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. p. 1088.

⁶³ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. p. 1088.

⁶⁴ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 123.

de Minas Gerais, com o estabelecimento de redução de 30% na base de cálculo em veículos movidos a álcool (Lei Estadual n. 14.937, de 23.12.2003); e 3) os Estados de Piauí (Lei Estadual n. 4.548, de 30.12.1992), Maranhão (Lei Estadual n. 5.594, de 30.12.1992) e Ceará (Lei Estadual n. 12.023, de 20.11.1992), com a isenção do pagamento do imposto em veículos movidos a eletricidade.

Conforme destaca Paulo Alves da Silva Paiva⁶⁵, apesar de o tipo de combustível ser o elemento mais comumente utilizado para atribuir finalidade de tutela ambiental à cobrança do IPVA, “existem outros parâmetros que poderiam se prestar aos mesmos propósitos, como a utilização antipoluição ou o local onde o veículo será utilizado”.

5. OS IMPOSTOS MUNICIPAIS DE NATUREZA AMBIENTAL

5.1 O IPTU

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (doravante denominado IPTU) pode ser utilizado, por meio do permissivo disposto no art. 182, § 4º, II, da CRFB, como forma de desestimular vultosas imobilizações de recursos em terrenos cujos fins são meramente especulativos, a dificultar o crescimento normal das cidades, mediante a implantação de alíquotas progressivas no tempo para terrenos ociosos⁶⁶.

Trata-se de seu viés extrafiscal advindo da premissa de que a propriedade – na condição da revelação de riqueza capaz de ensejar a sujeição do seu titular a esse imposto⁶⁷ – há de atender à sua função social (CRFB, arts. 5º, XXII e XXIII, 170, III, 184 e 186), motivo pelo qual o seu exercício deve estar em sintonia com as suas finalidades econômicas e sociais, preservando a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico”, de forma a evitar “a poluição do ar e das águas⁶⁸.

Passa-se, pois, a estudar mais detidamente o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência do IPTU, em especial, as suas alíquotas, que, de acordo com o texto constitucional, detêm nitidamente vocação para a tutela do meio ambiente (em especial o meio ambiente artificial).

⁶⁵ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 123.

⁶⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. p. 399.

⁶⁷ MELO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 366-367.

⁶⁸ MELO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 360.

5.1.1 A progressividade

O aspecto quantitativo da regra matriz de incidência dos tributos, como visto, resume-se em geral no binômio base de cálculo e alíquota. No caso do IPTU, a sua base de cálculo é o valor venal do bem imóvel, não se computando, nos termos do art. 33 do Código Tributário Nacional, o *quantum* relativo aos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade⁶⁹.

Como se vê, a destinação e o uso conferidos ao imóvel não surtem qualquer efeito na obtenção da base de cálculo desse imposto. Situação diferente é encontrada na busca pela alíquota a ser aplicada à referida exação⁷⁰.

As alíquotas do IPTU são fixadas por lei municipal, que não poderá estipulá-las em percentuais exorbitantes, sob pena de violação ao princípio da capacidade contributiva a implicar o confisco do imóvel. Como bem exemplificam Paulsen e Melo⁷¹, “realmente, enquanto a alíquota de 2% (dois por cento) sobre o valor venal revela-se razoável, a alíquota de 20% (vinte por cento) terá o efeito de acarretar a perda do imóvel no prazo de 5 (cinco) anos”.

No que diz respeito a essa grandeza dimensional do fato gerador do IPTU, a CRFB⁷², com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 29, de 13.9. 2000, assim a regulou:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

[...]

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inc. II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor venal do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Extrai-se do aludido preceito constitucional que, sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inc. III, da CRFB, pode a alíquota ser fixada pelo legislador municipal, de duas formas: 1) de maneira progressiva em razão do valor venal do imóvel; e 2) em percentuais diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel⁷³.

⁶⁹ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. p. 1000.

⁷⁰ MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007. p. 465.

⁷¹ MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 374.

⁷² BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

⁷³ MELO, José Eduardo de; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 374.

A progressividade fiscal, disposta no supramencionado inc. I do § 1º do art. 156 da CRFB, tem seu amparo no § 1º do art. 145 da CRFB segundo o qual “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]”⁷⁴. Relaciona-se, pois, diretamente aos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da isonomia e da vedação ao confisco, pois preceitua que a carga tributária deve ser maior para aqueles contribuintes que revelam superior riqueza⁷⁵. Daí porque, na lição de Carrazza⁷⁶, “com a vigência da nova Carta, o proprietário de amplo e luxuoso imóvel, situado em bairro residencial, deve proporcionalmente ser mais tributado, via de IPTU, do que o proprietário de casa modesta, localizada em bairro fabril”.

Saliente-se que, ainda conforme Carrazza⁷⁷, a capacidade contributiva, para fins de fixação de alíquotas progressivas do IPTU, deve ser aferida em decorrência do próprio imóvel (sua localização, dimensões, luxo e características), mas jamais em relação ao patrimônio (fortuna em dinheiro) de seu proprietário. Isso porque esse tributo não incide sobre o patrimônio do contribuinte, mas sim sobre sua propriedade, motivo pelo qual não pode estar a ele atrelado.

A progressividade no tempo, por seu turno, foi alvo de calorosas discussões. Isso ocorreu, em especial, diante das reiteradas tentativas dos Municípios de criar alíquotas mais elevadas para terrenos ociosos e não residenciais, sem a existência do respectivo plano diretor, o que, por força do art. 182, § 1º, da CRFB, é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. Essa forma de tributação foi adotada em São Paulo, assim como em diversos outros Municípios brasileiros⁷⁸.

Muito embora o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao se manifestar sobre essa técnica de tributação, considerou legítima a gradação adotada de acordo com o valor dos imóveis, sob o fundamento de que essa distinção não afrontaria o princípio constitucional da isonomia tributária⁷⁹, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo a reputou inconstitucional, de modo a amparar a edição de seu enunciado da Súmula 43⁸⁰.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, chamado a decidir a respeito da questão,

⁷⁴ HARADA, Kiyoshi. **IPTU: Doutrina e Prática**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 136.

⁷⁵ MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 366-372.

⁷⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito tributário constitucional**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 124.

⁷⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Tributário Constitucional**. 2012. p. 124.

⁷⁸ MELO, José Eduardo de; PALSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 374-378.

⁷⁹ ADI n. 14.927-018, Pleno, julgado em 7.6.95.

⁸⁰ MELO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 375.

sedimentou, por meio do enunciado n. 668 da Súmula, o entendimento segundo o qual “é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional n. 29/2000, alíquotas progressivas do IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”⁸¹.

O Pretório Excelso, portanto, considerou legítima, antes da Emenda Constitucional n. 29/2000, apenas a progressividade extrafiscal prevista no já citado inc. II do § 4º, do art. 182 da CRFB⁸².

5.1.2 A diferenciação

Ainda conforme inscrito no art. 156, § 1º, inc. II, da CRFB, as alíquotas do IPTU podem ser fixadas de forma diferente com base na localização e no uso do imóvel. É justamente por meio desse permissivo constitucional que se extrai o viés manifestamente extrafiscal da alíquota do IPTU do qual se retira sua vocação para a tutela do meio ambiente (em especial do meio ambiente artificial).

A técnica da diferenciação é bem delimitada por Aires F. Barreto⁸³:

[...] Ocorre a *diferenciação* quando são estabelecidas alíquotas distintas para diferentes tipos ou espécies em que se classificam os bens econômicos, sem levar em conta a grandeza do seu valor. É o que acontece, por exemplo, quando a lei estabelece alíquotas diferentes para o IPTU conforme a espécie do imóvel: construído ou não construído, residencial, comercial, industrial, especial; ou, ainda, quando estabelece alíquotas diversas para o ICMS, conforme o tipo de mercadoria. Nesses casos, há apenas mera diferenciação e não-progressão, porque todos que se encontram dentro da mesma categoria ficam sujeitos à mesma carga tributária; vale dizer, dentro de cada tipo, a alíquota é invariável. Essa carga tributária só serão diferente, por exemplo, para imóveis de tipos (classes) diversos.

Percebe-se, pois, que, diferente da progressão – em que: (a) há o crescimento das alíquotas correlativamente ao (b) crescimento da grandeza ou da intensidade de um mesmo fator ou de aspecto do fato tributável⁸⁴ – a diferenciação consubstancia-se em mera variação de alíquotas em razão das diferentes espécies do fato tributário, independentemente de sua expressão econômica⁸⁵.

Esse mecanismo de tributação, a propósito, foi levado à apreciação do Supremo Tribunal

⁸¹ MELO, José Eduardo Soares; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. p. 375.

⁸² HARADA, Kiyoshi. **IPTU: Doutrina e Prática**. p. 137.

⁸³ BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 274.

⁸⁴ BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. p. 274.

⁸⁵ BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. p. 274.

Federal, que o considerou legítimo, inclusive antes do advento da Emenda Constitucional n. 29/2000 (e, por corolário lógico, depois de sua edição):

I) DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. INSTITUIÇÃO DE ALÍ-QUOTAS DIFERENCIADAS. IMÓVEL NÃO EDIFICADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 24.11.2008.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a instituição de alíquotas diferenciadas em razão de estar ou não edificado o imóvel urbano não se confunde com o instituto da progressividade, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa à Constituição Federal. Agravo regimental conhecido e não provido⁸⁶.

II) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO DE ARACAJU. **ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS CONFORME A DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. CONSTITUCIONALIDADE. PROGRESSIVIDADE. COBRANÇA PELA ALÍQUOTA MÍNIMA.**

1. **A diversidade de alíquotas de IPTU – decorrentes de o imóvel ser residencial, não residencial, edificado ou não edificado - não viola a Constituição Federal.** Precedentes.

2. Verificada a inconstitucionalidade da cobrança progressiva do IPTU, deve incidir, no caso, a alíquota mínima prevista na legislação municipal vigente à época do fato gerador, conforme a destinação do imóvel.

3. Agravo regimental não provido⁸⁷.

Certo é, portanto, que o IPTU, divorciando-se das calorosas divergências acerca da possibilidade ou não de utilização da técnica da progressividade, pode, sob a técnica da diferenciação, ser utilizado como “valioso subsídio de um regular e ordenado crescimento da cidade”⁸⁸, em prol, portanto, da tutela do meio ambiente. Afinal, não remanescem dúvidas, repita-se, acerca da intenção do Constituinte de que esse tributo, além de obedecer ao princípio da capacidade contributiva, atenda ao corolário do cumprimento da função social da propriedade, mediante a fixação de alíquotas diferentes conforme a destinação e o uso do imóvel.

Sob essa perspectiva, alguns Municípios passaram a escolher alíquotas diferenciadas do IPTU para imóveis edificados que não possuam muros fronteiros ou passeio público, quando assim exigidos pelo plano diretor. Sob a visão de Barreto, esse imposto não pode ser objeto de

⁸⁶ BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 772064. Relator: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em: 18-6-2013, publicado no Dje n. 148 em: 31-7-2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28iptu+al%EDquota+diferenciada%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/mknd4vp>. Acesso em: 27 fev. 2016. Sem grifos no original.

⁸⁷ BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 562783. Relator: Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em: 2-8-2011, publicado no Dje n. 179 em: 16-9-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562783%2E%2E+OU+562783%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/nq6m5j5>. Acesso em: 27 fev. 2016. Sem grifos no original.

⁸⁸ BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. p. 274.

agravamento, o que afastaria a higidez do referido mecanismo de tributação.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contudo, já em maio de 2013, afetou o tema ao seu Grupo de Câmaras de Direito Público, oportunidade em que reputou constitucional a escolha dessa forma de fixação de alíquotas do IPTU (Apelação Cível n. 2012.032598-5⁸⁹).

Na esteira do destacado pelo relator Desembargador Luiz César Medeiros, o legislador municipal detém ampla liberdade para escolher as alíquotas do IPTU em vista a facilitar a ocupação, o uso do solo, e seu fracionamento, de forma a orientar o adequado desenvolvimento das cidades. Não há, pois, qualquer empecilho para, inclusive, o agravamento da tributação para os munícipes contribuintes que utilizam a sua propriedade em afronta às diretrizes constitucionais provenientes da função social da propriedade.

Salutar, de outro vértice, a fim de evitar maiores divergências e afastar eventual pecha de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que o legislador municipal escolha, ao invés de agravar a tributação em razão da utilização nociva da propriedade, atribuir alíquotas menores para os que justamente utilizem o seu bem conforme as diretrizes da lei edilícia.

5.1.3 O IPTU Verde

Conforme já se verificou até aqui, dúvidas não mais remanescem de que o Poder Público Municipal detém grande potencial de atuação para o fomento de iniciativas ambientalmente corretas, dentre as quais, pode-se destacar também as construções sustentáveis. Essa indução de boas práticas pode ser feita, em âmbito local, através da legislação urbanística e do código de edificações, além do emprego de incentivos tributários e, inclusive, de convênios com as concessionárias de serviços públicos de água, esgoto e energia⁹⁰.

O Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001) deixa claro que a participação dos entes federados é fator essencial para o desenvolvimento de uma política urbana voltada ao meio ambiente equilibrado. O seu art. 2º, aliás, preconiza que o desenvolvimento das funções sociais das

⁸⁹ BRASIL, República Federativa do. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.032598-5. Relator: Desembargador Luiz César Medeiros, Grupo de Câmaras de Direito Civil, julgado em: 8-5-2013, publicado no Dje n. 1639 em: 29-5-2013. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora> Acesso em 27 fev. 2016. Sem grifos no original.

⁹⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRÚA, Luiz; FREITAS, Maurício Dupont Gomes de; SCHMITT, Guilherme Berger; SOUZA, Marcela Dantas Evaristo de. **Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável**: a indústria da construção brasileira em busca da sustentabilidade. Florianópolis: CBIC, 2015. p. 31.

idades há de contar também com a participação da iniciativa privada, além dos demais setores da comunidade.

É justamente com base no citado dispositivo inserto no Estatuto das Cidades que se visualiza a possibilidade de o Município editar leis, com base no plano diretor, a fim de delimitar áreas de aplicação de operações consorciadas. Essas operações são consideradas dentro do conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Município, mediante a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o fim de obter transformações urbanísticas estruturais e melhorias sociais com a valorização ambiental⁹¹.

Sob esse desígnio, é possível a concessão de incentivos a operações urbanas que empreguem tecnologias em vista à redução de impactos ambientais. Esse incentivo, por certo, só seria concedido quando estas comprovassem a utilização, nas construções e uso de edificações urbanas, de tecnologias de redução dos impactos ambientais, bem como a economia de recursos naturais⁹².

O exemplo mais ilustre dessa política é o denominado IPTU verde (ou IPTU Ecológico), que vem sendo adotado em diversos Municípios brasileiros (a exemplo de São Bernardo do Campo-SP (Lei Municipal n. 6.091/2010), Ubatuba-SP (Lei Municipal n. 96/2011), Seropédica-RJ (Lei Municipal n. 526/2014), Florianópolis-SC (Lei Complementar Municipal n. 480/2013), Camboriú-SC (Lei Municipal n. 2.544/2013).

5.2 O ISS

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (doravante denominado ISS), de competência privativa dos municípios (CRFB, art. 156, inc. III), também é suscetível de ser utilizado com viés ambiental. Devem os entes municipais, para tanto, desonerar serviços e atividades que, pela própria natureza, detêm vocação para a tutela do meio ambiente⁹³.

Sob esse enfoque, quando da promulgação da Lei Complementar n. 116/2003, houve veto

⁹¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRÚA, Luiz; FREITAS, Maurício Dupont Gomes de; SCHMITT, Guilherme Berger; SOUZA, Marcela Dantas Evaristo de. **Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável**: a indústria da construção brasileira em busca da sustentabilidade. p. 32.

⁹² DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRÚA, Luiz; FREITAS, Maurício Dupont Gomes de; SCHMITT, Guilherme Berger; SOUZA, Marcela Dantas Evaristo de. **Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável**: a indústria da construção brasileira em busca da sustentabilidade. p. 32.

⁹³ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 126.

presidencial, que retirou, da lista de serviços – e, portanto, do âmbito de incidência desse imposto – dois serviços relacionados com o meio ambiente: 1) saneamento ambiental, inclusive purificação, tratamento, esgotamento sanitário e congêneres; e 2) tratamento e purificação de água⁹⁴.

De outro vértice, a supramencionada lista contempla serviços que, apesar de estarem dentro do âmbito de incidência do ISS, poderiam ser abrangidos por isenções ou incentivos fiscais, seja mediante a diminuição das alíquotas a eles aplicáveis, seja por meio da renúncia de receita.

Destacam-se os seguintes exemplos: a) varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer (item 7.09); b) limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres (item 7.10); c) decoração e jardinagem, inclusive corte e poda de árvores (item 7.11); d) controle e tratamento de efluentes de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos (item 7.12); e) florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres; f) escoramento, contenção de encostas e serviços congêneres (item 7.17); e g) limpeza e dragagem de rios, portos, baías, lagos, lagoas, represas, açudes e congêneres (item 7.18)⁹⁵.

Podem, ainda, ser objeto da *benesse* pelo Município os serviços que se ocupam com o desenvolvimento da consciência ecológica da população (como o turismo ecológico) e aqueles direcionados à recuperação ambiental⁹⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, as ideias desenvolvidas até aqui e o raciocínio central do estudo podem ser resumidos da seguinte forma:

1. Inviável por meio da competência residual atribuída à União (CRFB, art. 154, inc. I) a instituição de um imposto ambiental *stricto sensu*. Essa modalidade de tributo tem por característica essencial a não-vinculação à atividade estatal específica relativa ao contribuinte, de forma a impossibilitar a sua exigência distintamente de um ou outro sujeito passivo da obrigação tributária.

⁹⁴ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 126.

⁹⁵ PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente: a Tributação como Instrumento de Proteção Ambiental**. p. 126-127.

⁹⁶ RIBAS, Lidia Maria L. R; CARVALHO, Valbério Nobre de. O Tributo como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo/SP, ano 14, n. 54, abr-jun/09, p. 199.

2. De outro vértice, dentro do âmbito dos impostos já existentes, há campo fértil de eleição extrafiscal, em especial no tocante aos tributos por indiretos, incidentes sobre a produção e o consumo. Detêm essas exações aptidão para serem utilizadas como instrumento de tributação no campo ambiental, por meio de diversos mecanismos relacionados ao manejo dos elementos da regra matriz de incidência.

3. Assim, na falta de norma constitucional a permitir a instituição de tributo *stricto sensu* de cunho ambiental, a orientação de condutas, no sistema brasileiro, há de ser fixada mediante a técnica da extrafiscalidade a ser concretizada, em especial, pela utilização de tributos (dos elementos da regra matriz de incidência). Com o emprego dos diversos impostos existentes, desestimula-se comportamentos ou atos que, embora lícitos, são considerados prejudiciais ao meio ambiente, ou, *contrario sensu*, por meio do manejo, principalmente, do elemento quantitativo da regra matriz de incidência (base de cálculo e alíquota), a instigar o comportamento do contribuinte de forma benéfica ao meio ambiente.

4. Desenvolver a ideia da utilização do tributo como instrumento para a proteção do meio ambiente consiste, em essência, em visualizá-lo sob sua faceta extrafiscal (ordenatória). Essa extrafiscalidade está presente quando o Estado utiliza os tributos como instrumento para alcançar finalidades regulatórias de condutas sociais, em matéria econômica, ambiental, política (administrativa, demográfica, sanitária, cultural) ou social. O ente tributante, assim, vale-se das diversas figuras tributárias como forma de intervir na direção da atividade econômica com o intuito de alcançar determinados objetivos almejados pela sociedade.

5. Dentro desse espírito, detêm vocação de tutela ambiental os seguintes impostos: 1) Federais: o IR, ITR, II, IE e IPI; 2) Estaduais: o ICMS e IPVA; e 3) Municipais: o IPTU e ISS.

6. A utilização desses impostos, já inseridos no Sistema Tributário Constitucional na tutela do meio ambiente, mostra-se como alternativa viável por meio da concessão de incentivos fiscais – aqui considerados como toda estratégia utilizada pelo ente tributante para estimular os contribuintes a condutas direcionadas à tutela do meio ambiente, seja por meio da diminuição ou retirada da carga tributária, ou, ao revés, por intermédio do aumento da exação para a repressão de comportamentos ambientalmente nocivos – através dos quais é possível fomentar comportamentos ambientalmente não lesivos, a exemplo do desenvolvimento de atividades não-poluidoras.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 abril. 2017.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito tributário constitucional**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRÚA, Luiz; FREITAS, Maurício Dupont Gomes de; SCHMITT, Guilherme Berger; SOUZA, Marcela Dantas Evaristo de. **Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável**: a indústria da construção brasileira em busca da sustentabilidade. Florianópolis: CBIC, 2015.

FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito Ambiental Tributário**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

HARADA, Kiyoshi. **IPTU: Doutrina e Prática**. Atlas, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

_____; PALSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação Ambiental**: Reflexões sobre a Introdução da

Variável Ambiental no Sistema Tributário. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIVA, Paulo Alves da Silva. **Tributação e Meio Ambiente**: a tributação como instrumento de proteção ambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa Ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____; CARVALHO, Valbério Nobre de. O Tributo como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo/SP, ano 14, n. 54, abr-jun/09.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e Políticas Públicas: o ICMS Ecológico. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TÔRRES, Heleno Taveira. Da Relação entre Competências Constitucionais Tributária e Ambiental – os Limites dos Chamados “Tributos Ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PROTEÇÃO AMBIENTAL E INTERESSES ECONÔMICOS: OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY ANTE A AÇÃO DE GRUPOS DE PRESSÃO

Fernando de Castro Faria¹

INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é a contextualização do *lobby* no que pertine à possibilidade de influência de grupos externos quando da tomada de decisão por parte de órgãos estatais, notadamente em relação às questões ambientais. Não se trata de estudo envolvendo temas de proteção ao ambiente, mas de como os grupos de pressão, tanto empresariais como ambientais, podem interferir na produção legislativa, a exemplo do que ocorre em outras áreas.

Para tanto, serão apontadas críticas feitas às atividades de *lobby*, analisadas as complexas relações entre poder financeiro e político, estudados os principais pontos da nova tentativa de regulamentação da atividade de *lobby* no Brasil, a fim de que se alcance a almejada transparência no trato de tais questões, fato não ocorrido no caso da extinção, por decreto, da Reserva Nacional de Cobre e seus associados – Renca, localizada na Amazônia, conforme amplamente noticiado nos últimos dias de agosto de 2017.

O método empregado é o dedutivo. Foi realizada pesquisa doutrinária, bem como efetuada a coleta de dados estatísticos com análise dos seus resultados.

1. A PROTEÇÃO AO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A questão ambiental assumiu há algum tempo papel relevante em todas as nações, tanto em relação à proteção, quanto no tocante ao desenvolvimento econômico, cujo equilíbrio é a chave para a equacioná-la.

Nesse sentido, podem ser citados princípios expressamente reconhecidos em âmbito

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Itajaí, Santa Catarina, Brasil). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Itajaí, Santa Catarina, Brasil) e *Università degli Studi di Perugia* (Perugia, Umbria, Itália), Juiz de Direito (Santa Catarina, Brasil). E-mail: fernandodecastrofaria@gmail.com

nacional e internacional. Apenas a título exemplificativo, merece destaque o artigo 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), o qual, dada a importância, deve ser lembrado: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”².

A propósito, vale mencionar que o próprio preceito da ordem econômica “constitui também a defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Trata-se de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho) [...]. Assume também, assim, a feição de *diretriz* (Dworkin) – *norma-objetivo* – dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.”³

Verifica-se, pois, necessária vinculação entre ambiente e ordem econômica, pois esta não pode se desenvolver sem o respeito à proteção ambiental, sem o que nada mais será possível no futuro, inclusive a qualidade de vida sadia, tratando-se de princípio impositivo. A defesa do meio ambiente deve ser dotada de políticas públicas capazes de impedir o avanço da exploração dos recursos naturais, o mau uso dos recursos hídricos e a poluição do ar, dentre outras medidas, a ponto de comprometer a sustentabilidade e preservação para as presentes e futuras gerações, nos exatos termos do citado artigo 225 de nossa CRFB/88.

No plano internacional, também meramente a título exemplificativo, dado o extenso rol de normas protetivas, citam-se os seguintes enunciados elaborados pela Rio 92, os quais dispõem:

Princípio 1: Os seres humanos têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza.

Princípio 3: O desenvolvimento deve ser promovido de forma a garantir as necessidades das presentes e futuras gerações.

Princípio 4: A proteção ambiental deve ser considerada parte integral do processo de desenvolvimento.

Princípio 12: As políticas econômicas com fins de proteção ambiental não devem servir para discriminar ou restringir o comércio internacional. Medidas para controle de problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, sempre que possível, ser baseadas em consenso entre os países.

Princípio 27: Os Estados e as pessoas devem cooperar de boa fé e num espírito de parceria para o cumprimento dos princípios constantes dessa Declaração e para o desenvolvimento do Direito Internacional no campo do desenvolvimento sustentável.⁴

² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 250.

⁴ ECCLESIA. Fé e Meio Ambiente. Principais Conferências Internacionais sobre o Meio Ambiente. Disponível em

Mais recentemente, por ocasião da realização do Acordo de Paris sobre o Clima, foi reconhecido, conforme art. 6, item 2, que:

As Partes devem, ao se engajar voluntariamente em abordagens cooperativas que envolvem a utilização dos resultados de mitigação transferidos internacionalmente visando as contribuições nacionalmente determinadas, promover o desenvolvimento sustentável e assegurar a integridade ambiental e a transparência, incluindo em termos de governança, e deve aplicar um acompanhamento robusto para garantir, inter alia, que se evite a dupla contagem, de acordo com a orientação adotada pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes do Acordo de Paris.⁵

Daí porque se trata de campo complexo e objeto de inúmeros interesses, dentre eles os afetos ao tema energético, na medida em que sua fonte é oriunda da natureza e sua destinação é econômica.

Jeremy Rifkin aponta que o aumento do consumo de combustíveis fósseis (e, por sua vez, da poluição), a partir da construção de autopistas nos Estados Unidos nos anos 50, foi um incentivo para as empresas. Denominou referido período como a Segunda Revolução Industrial.⁶ Para o autor, o uso das tecnologias da informação e das comunicações como mecanismo de controle para organizar e administrar uma nova distribuição da energia representa o nascimento da Terceira Revolução Industrial. Seus efeitos econômicos devem ser ampliados, pelo menos, até a metade do séc. XXI. As tecnologias possibilitarão novas formas de energia (renováveis) nas casas e indústrias (solar, hidráulica, eólica etc.). Outro pilar da Terceira Revolução é, ainda segundo Rifkin, o desenvolvimento do setor da construção, que será chamado a realizar a infraestrutura de armazenamento, bem como a reconfiguração da rede elétrica, cuja energia substituirá o petróleo. Haverá, portanto, uma nova infraestrutura econômica em cada país, com a democratização da energia. O acesso individual à energia será um direito social e humano, que possibilitará novas oportunidades. Todas as comunidades poderão produzir e participar do mercado global. A falta de acesso é um fator perpetuador da pobreza.⁷

Se Rifkin está certo em suas previsões, só o tempo dirá. Todavia, suas premissas são de todo pertinentes, o que faz antever a gama de atrativos para o mercado.

No tocante ao tema do presente estudo, verifica-se, a par de tantas possibilidades de

https://www.ecclesia.com.br/biblioteca/fe_e_meio_ambiente/principais_conferencias_internacionais_sobre_o_meio_ambiente_e_documentos_resultantes.html. Acesso em 30.08.2017.

⁵ ONUBR. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>. Acesso em 30.08.2017.

⁶ RIFKIN, Jeremy. *La Civilización Empática: La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. Tradução de BARBERÁN, Genís Sánchez e CASANOVA, Vanesa. Madrid/Espanha: Espasa Libros, 2010. p. 501/502.

⁷ RIFKIN, Jeremy. *La Civilización Empática: La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. p. 501-516.

intervenção econômica na área de produção, distribuição e consumo de energia, a existência de um sem-fim de interesses financeiros, bem como de preservação do ambiente por parte dos ecologistas.

Quanto aos primeiros, adverte González⁸, ao tratar da realidade chilena, que:

Los grupos económicos han demostrado tener gran capacidad de influencia y ascendencia cultural sobre el Estado y sus autoridades. En los últimos quince años, se ha percibido la capacidad de los grupos económicos para articular discursos públicos, a la vez que comunicarse directamente con los políticos profesionales. Las mineras, las pesqueras, las empresas relacionadas al agua, las farmacias, los laboratorios, la industria del alcohol, las constructoras, las inmobiliarias, las tabacaleras, por nombrar algunas, son industrias que han demostrado tener gran capacidad de ascendencia sobre las políticas públicas.

Quanto à defesa do ambiente, ninguém pode negar a importância de referida proteção para a preservação da vida e sua garantia para as futuras gerações, tratando-se de verdadeira Função Social do Estado as “ações em favor do Meio Ambiente”.⁹

O Estado, mantido que é por todos os cidadãos, não pode estar a serviço de minorias econômicas. O controle de muitas das instituições estatais ainda sofre a influência do poder financeiro, seja por meio de empresas, muitas delas multinacionais, que exploram a matéria prima e a mão de obra dos países em desenvolvimento e remetem seus lucros para o exterior, seja por meio de lobby junto ao legislador ou ainda pela via do financiamento das campanhas eleitorais. Neste ponto, a simbiose havida entre os interesses privados das empresas e de parte da classe política, que acaba por ascender ao poder justamente como representante do Povo, gera grande desserviço às políticas de Estado, que deveriam, invariavelmente, atender ao interesse coletivo. Quando a finalidade dos atos estatais não leva em conta as reais necessidades de uma grande gama da população, como, por exemplo, a adoção de políticas de redução da desigualdade social, o Bem Comum é frontalmente violado.

Trata-se, portanto, de condição que não pode ser negligenciada pelos Estados dos Séculos XXI e seguintes. A sua essencialidade faz com que o tema deva ser tratado como verdadeira política de Estado, independentemente de Governos.

Em outra perspectiva, é garantido nos planos nacional e internacional, desde que respeitado

⁸ GONZÁLEZ, Renato Garin. *El lobby feroz y la sociedad de las influencias*. Santiago: Catalonia, 2016. Versão eletrônica - Kindle, posição 5303.

⁹ PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p. 69.

o ambiente, tem-se o desenvolvimento econômico como fonte de crescimento da produção e, se bem empregado, de melhoria das condições de vida dos cidadãos. Países com elevado poderio financeiro – e que distribuem suas riquezas, como Noruega, seguida por outros oito países europeus e pela Nova Zelândia, são também as nações que possuem altos índices de desenvolvimento humano.¹⁰

Não sem razão, assevera Eros Grau¹¹ que:

Erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (= garantir) do desenvolvimento econômico. Considere-se também o princípio positivado no inciso IV deste art. 3º: *promover o bem de todos*; e a *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República, mas o *assegurar a todos a existência digna* como fim da ordem econômica.

Trata-se, a meu ver, de importante preocupação, pois menciona o doutrinador os principais deveres do Estado brasileiro para com os seus cidadãos. Ao trazer tais preceitos do artigo 3º de nossa CRFB/88, verdadeiros “objetivos fundamentais da República”, Eros Grau faz a sua devida vinculação aos fins da ordem econômica. Portanto, resta claro que nenhum desvio desta finalidade é admitido por nossa Constituição, em que pesem as violações diárias a que assistimos, notadamente quando observamos o elevado índice de desigualdade social, esta que é a fonte primária de toda a violência urbana que nos cerca. Dessa forma, imprescindível o cumprimento dos objetivos fundamentais de nossa República, por intermédio de uma ordem econômica sem o que Estado perde a sua função social maior, que é dar a todos o devido respeito em sua dignidade, zelando pelo bem-estar de toda a Sociedade.

Reconhecidas, portanto, a necessidade de preservação do ambiente, mas igualmente de se assegurar o desenvolvimento econômico, ainda que restrições a este sejam impostas em nome da proteção do primeiro, passa ao tratamento das relações entre poder político e econômico.

2. AS RELAÇÕES ENTRE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO E A NOVA TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY NO BRASIL

Não há democracia sem *lobby*. Ele está presente em todas elas, sendo relevantes os exemplos dos Estados Unidos e da Europa. Tanto em Washington quanto em Bruxelas, uma das

¹⁰ FRANCISCO, Wagner De Cerqueria E. **O IDH dos países europeus**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-idh-dos-paises-europeus.htm>>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 215.

sedes do Parlamento Europeu, milhares de lobistas trabalham na defesa dos interesses das empresas que lhes remuneram. As relações entre poder e dinheiro estão sempre presentes e igualmente são perigosas, justamente pela possibilidade de sobreposição do interesse meramente financeiro ao público, ao Bem Comum. A propósito, verifica-se que tal questão “só poderá ser convenientemente equacionada caso o Estado seja realmente encarado como instrumento de toda a Sociedade, e não apenas de segmentos privilegiados [...]”¹²

A simbiose entre capital e poder pode começar bem antes do processo de elaboração das leis, mais precisamente no momento do financiamento das campanhas eleitorais, sendo relevante o montante que cada partido político pode reunir. Colin Crouch afirma que: “[...] fica claro que aqueles que podem desfrutar de maiores recursos financeiros são os mais propensos a ganhar a eleição. Essa disposição promove liberalismo, mas prejudica a democracia, uma vez que não cria um critério igualitário.” Mas, para além da desigualdade de oportunidades quanto ao acesso ao poder, Crouch adverte, em suma, que o *lobby* que representa os interesses econômicos são sempre muito favorecidos, por duas razões diferentes: os interesses econômicos, quando não atendidos, ameaçam os governos, pois podem impedir o seu sucesso nesse setor; os custos para gerir o *lobby* são um investimento. Já os interesses não econômicos não podem representar danos ao crescimento econômico; sua pressão não vai trazer uma vantagem material, de modo que seus custos são uma despesa, e não um investimento.¹³

A subordinação dos poderes políticos aos econômicos também é tema de inquietação de Luigi Ferrajoli. Nessa perspectiva, diz o autor italiano, os conflitos de interesses, em forma de corrupção, *lobbies* corporativos e com os meios de comunicação, são hoje fenômenos endêmicos em todos os ordenamentos democráticos. Aponta, ainda, o círculo vicioso que gera um crescente condicionamento antirrepresentativo: dinheiro para fazer política e informação; informação para fazer dinheiro e política; política para fazer dinheiro e informação.¹⁴

Na mesma linha, seguiu Ulrich Beck, quando afirmou que o Parlamento perde a sua função como centro de formação da vontade racional com: a) a ampliação tecnocrática das margens

¹² PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p. 17.

¹³ CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Tradução para o italiano de Cristiana Paternò. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2003. Título original: *Post-democracy*. pp. 23-24. Tradução livre do autor para o português.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Minima Trotta, 2011. p. 53. Título original: *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*. Tradução livre do autor para o português.

decisórias; b) a entrada de grupos de influência e de poder corporativamente organizados (lobby).¹⁵

Mas o que se entende por *lobby*?

Segundo Mancuso *et al*, ele “ocorre quando agentes sociais tomam a iniciativa de contatar membros do poder público capazes de tomar decisões, a fim de apresentar-lhes seus interesses e pleitos.” De acordo com os autores, no Brasil, há mais de duas décadas há tentativas mal sucedidas para a sua regulamentação.¹⁶

Atualmente, com o intuito de estabelecer regras para a atividade, o Projeto de Lei do Senado n. 336/2015¹⁷ tramita sem muito interesse da imprensa ou da Sociedade.

Conforme previsto no artigo 4º, I, *lobby* é:

Qualquer comunicação, oral, escrita ou por qualquer outro meio, dirigida a órgão, entidade ou autoridade administrativa ou legislativa, ou a terceiros a eles vinculados, com o objetivo de favorecer ou contrariar, direta ou indiretamente, interesse próprio ou de pessoa física ou jurídica, ente de direito público ou grupo de pressão ou de interesse, ou de qualquer forma influenciar a tomada de decisões administrativas, regulamentares e legislativas.

De outro lado, a fim de evitar ambiguidade em relação a determinadas ações, o projeto estabelece o que não é *lobby*, conforme proposição constante do art. 4º, § 2º, destacando-se:

- a atuação de indivíduos, sem pagamento ou remuneração por qualquer pessoa física ou jurídica e em caráter esporádico (...);
- o comparecimento em decorrência de convite público para expressar opinião técnica ou prestar esclarecimentos solicitados por autoridade pública;
- o exercício de suas atribuições legais e funcionais por agentes públicos ou políticos;
- o requerimento por indivíduos, ou por entidades associativas ou de defesa de direitos que os representem, quanto à aplicação ou interpretação de direitos individuais e coletivos;
- a solicitação de informações, nos termos da Lei, com vistas a subsidiar ou instruir ação judicial ou requerimento administrativo, ou com vistas ao exercício de direito legalmente

¹⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

¹⁶ MANCUSO, Wagner Pralon; ANGÉLICO, Fabiano; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. **Ferramentas da transparência: o possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do lobby no Brasil**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, p. 41-56, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p41>.

¹⁷ BRASIL. Senado da República. Projeto de Lei n. 336/2015. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121578>. Acesso em 04.07.2017.

previsto.

A distinção é importante, pois há que se diferenciar a atuação lícita de determinado grupo de interesse da atuação espúria. Nesse sentido, Mancuso *et al* asseveram que o *lobby* pode ser útil na tomada de decisão, na medida em que são repassadas informações importantes, as quais possibilitam, ainda, o debate público e, assim, a legitimação. De outro lado, quando praticado ilicitamente, é fonte de crimes. Importante a ressalva dos autores, no sentido de que mesmo o *lobby* lícito pode levar desequilíbrio em prol daqueles interesses mas bem organizados.¹⁸

Quanto aos princípios estabelecidos no referido projeto de lei, destacam-se: legalidade, moralidade e probidade administrativa; transparência e publicidade dos atos; liberdade de acesso à informação; garantia de tratamento isonômico aos diferentes grupos e opiniões.

Vê-se, portanto, a preocupação com a lisura no tratamento do *lobby*, desde a publicidade ao critério de igualdade de oportunidades que devem ter os grupos divergentes em relação a um determinado tema. Trata-se de tema central quando se fala da atuação de grupos de interesse, na medida em que toda a coletividade, a bem do interesse público, tem o direito de saber com quem o legislador se reúne e qual o tema em discussão.

Outra definição importante do projeto é aquela que trata do “lobista”, a pessoa física ou jurídica que faz a intermediação do interesse que defende junto ao órgão estatal. Segundo o texto, é:

a) o indivíduo que exerce atividades de *lobby* ou de representação de interesse, de modo autônomo e remunerado, em favor de pessoa física, pessoa jurídica ou grupo de pressão ou de interesse; b) o indivíduo, empregado, dirigente ou representante de pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, que exerce atividade de *lobby* ou de representação de interesses em favor do empregador ou sociedade, ou que atua em seu nome; c) a pessoa jurídica, constituída de fato ou de direito, que exerce precipuamente atividades de *lobby* ou de representação de interesses em favor de pessoa física, pessoa jurídica ou grupo de pressão ou de interesse, ainda que seu objeto social não contemple essas atividades de forma expressa; d) o agente público que tenha por atribuição precípua o exercício da atividade de *lobby* ou de representação de interesses junto aos órgãos do Poder Legislativo.

A fim de dar cumprimento às diretrizes do projeto, há o estabelecimento de obrigações aos lobistas, que, dentre outras determinações, a exemplo do verificado em países que já regulamentam a atividade, deverão realizar seu cadastro, inclusive com acesso pela *internet*, cabendo às pessoas

¹⁸ MANCUSO, Wagner Pralon; ANGÉLICO, Fabiano; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. **Ferramentas da transparência: o possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do lobby no Brasil.** Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, p. 41-56, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p41>.

jurídicas o registro de todos os lobistas a ela vinculados. O registro do lobista deverá conter, ainda, dados sobre os interesses que representa, indicando as pessoas (física ou jurídica) e grupos para quem trabalha (art. 5º).

Por fim, de uma leitura do projeto de regulamentação do *lobby* no Brasil, vale destacar, como aliás já ressaltado antes, que o órgão estatal que tenha consultado ou atendido o lobista deverá, quando solicitado, “dar igual oportunidade de manifestação à parte contrária ao interesse sob questão, na forma regulamentada em cada Poder ou órgão competente.”

Trata-se como dito de se estabelecer um critério isonômico no tratamento das partes interessadas em determinado tema. Em que pese não constituir qualquer garantia de lisura na tramitação dos pleitos, é verdadeira condição mínima de que a parte contrária ao interesse defendido possa se manifestar, respeitando-se a igualdade de chances de influenciar a decisão.

Vale lembrar que qualquer tentativa de regulamentação da atividade deve ser precedida de amplo debate público, sob pena de o efeito ser justamente o contrário. Defensor do estabelecimento de regras para o *lobby* no Brasil, Eduardo Galvão argumenta que o modelo norte americano não deu certo porque muitos profissionais foram para a atuação clandestina, havendo, inclusive, redução do número de lobistas registrados ao longo dos anos.^{19 20}

É preciso, pois, atentar para o modelo a ser empregado, a fim de que não se crie dificuldades tantas que não se possa dar a efetiva publicidade à atividade de intermediação de interesses privados junto aos órgãos estatais com poder de decisão.

3. CRÍTICAS E DESAFIOS EM RELAÇÃO AO LOBBY AMBIENTAL: TRANSPARÊNCIA E CONTROLE DOS ORGANISMOS DE PRESSÃO

Nos Estados Unidos, a última regulamentação ocorreu por meio do *Lobbying Disclosure Act*, de 2007. Dentre as principais obrigações previstas estão: registro na Câmara ou no Senado e, trimestralmente, em um formulário eletrônico, o lobista é obrigado a divulgar qual a finalidade do *lobby*, nome do cliente, questões que quer mudar, custo do *lobby* e uma lista de todos os órgãos

¹⁹ GALVÃO, Eduardo. *Lobby 2.0 – Regulamentação, ética e transparência*. Portal LinkedIn. Disponível em <https://pt.linkedin.com/pulse/lobby-20-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-%C3%A9tica-e-transpar%C3%Aancia-eduardo-galvao>. Acesso em 30.08.2017.

²⁰ Os profissionais da área do *lobby* não utilizam a expressão lobista para a definição de sua atividade, preferem o termo Relações Institucionais e Governamentais. Há, inclusive, a Associação Brasileira de Relações Institucionais e Governamentais – ABRIG, que defende os seus interesses.

contactados.²¹

Segundo dados da OpenSecrets, o gasto total em *lobby* nos Estados Unidos, em 2015, foi de 3,22 bilhões de dólares, quase seis vezes a arrecadação da campanha de Hillary Clinton para a eleição de 2016.²²

Lawrence Lessig enfatiza que “estamos ante uma nova 'corporatocracia' - as corporações têm realmente mais poder público-privado que qualquer outra instituição. Os mecanismos usados são, segundo Lessig, o financiamento de campanhas eleitorais e o *lobby* permanente através de companhias especializadas e grêmios empresariais.”²³

O sítio eletrônico norte americano Represent.Us faz duras críticas ao *lobby*, cuja síntese pode ser assim apresentada: 1) Lobistas organizam fundos de campanha para os políticos; 2) Lobistas redigem as leis. O Citigroup, por exemplo, redigiu 70 de 85 linhas de um projeto de lei do seu interesse; 3) Lobistas corrompem políticos com promessas de emprego para o período pós-mandato. Há um relato de um lobista que cumpriu pena que quando isso acontece o lobista consegue qualquer coisa daquele parlamentar, vira o proprietário dele. Nos anos 70, eram menos de 5% de parlamentares que viravam lobistas. Hoje, metade dos senadores e um terço dos deputados fazem isso; 4) Lobistas secretos existem, sem registros, o que levaria a uma movimentação de 7 bilhões de dólares por ano; 5) *Lobbies* funcionam muito bem. Para cada dólar gasto na atividade, a economia em impostos é de US\$ 220. Investimento de 22.000% de retorno.²⁴

De outro lado, não se pode olvidar que existe também o *lobby* em defesa do ambiente. Inúmeras organizações não governamentais têm atuação junto aos Parlamentos e demais órgãos do Estado. O sítio eletrônico *Green Nation* relaciona algumas delas, a saber: *Greenpeace*, *WWF*, *SOS Mata Atlântica*, *The Nature Conservancy*, Instituto Socioambiental etc.²⁵

Ainda, diversos organismos internacionais de proteção ambiental reforçam a defesa das causas ecológicas, tais como:

²¹ MELLO, Patrícia Campos; TAVARES, Flávia. Nos EUA, lobistas seguem normas rígidas. **O Estado de São Paulo**. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,nos-eua-lobistas-seguem-normas-rigidassimp-609495>. Acesso em 29.08.2017.

²² GONZÁLEZ, Renato Garin. *El lobby feroz y la sociedad de las influencias*. Santiago: Catalonia, 2016. Versão eletrônica - Kindle, posição 117.

²³ In GONZÁLEZ, Renato Garin. *El lobby feroz y la sociedad de las influencias*. Santiago: Catalonia, 2016. Versão eletrônica - Kindle, posição 133. Tradução livre do autor para o português.

²⁴ REPRESENT.Us. Youtube Channel. **5 Crazy Facts About Lobbyists - Follow the Money**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=b4jcdlquF0>. Acesso em 05.07.2017. Tradução livre do autor para o português.

²⁵ GREEN NATION. Disponível em <http://greennation.com.br/dica/ongs-ambientais/4464>. Acesso em 30.08.2017.

- Comissão de Desenvolvimento Sustentável (CDS);
- PNUMA (ou UNEP) - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente;
- Conselho Consultivo de Alto Nível sobre Desenvolvimento Sustentável (High Level Advisory Board on Sustainable Development) e Comitê Inter-Agências sobre Desenvolvimento Sustentável;
- IAEA (International Atomic Energy Agency) - Agência Internacional de Energia Atômica;
- WMO - World Meteorological Organization – Organização Meteorológica Mundial;
- IWC (International Whaling Commission) - Comissão Internacional sobre a Pesca da Baleia.²⁶

É nesse contexto que está inserido o *lobby* em matéria ambiental, realizado de ambos os lados (econômico e de proteção). Ativistas ambientais, para além da conscientização que promovem junto à população, fazem críticas aos projetos de lei apoiados por empresas que têm interesse em determinada área de desenvolvimento que possa afetar o ambiente. Muitas dessas causas ganham a simpatia da população, que agora, por meio das redes sociais, acaba pressionando os governantes.

Nada obstante, há investimento no *lobby* lícito, conforme dados relativos aos Estados Unidos da América. Em 2017, foram gastos até o momento, por entidades de proteção ambiental, US\$ 8.622,434,00, para um total de 78 clientes e 286 lobistas reportados.²⁷ Esses números, todavia, pouco ou quase nada representam perto da força do *lobby* industrial. Somente no ramo de óleo e gás, a indústria do setor gastou, no mesmo período analisado, US\$ 64.312,866,00 para um total de 154 clientes e 650 lobistas mencionados.²⁸

No Brasil de hoje, o caso de maior repercussão entre produção econômica e proteção ambiental é o da autorização, por decreto da Presidência da República, para exploração de uma grande área da Amazônia por empresas mineradoras. Em ato lavrado unilateralmente no dia 22 de agosto de 2017, foi expedido o Decreto nº 9.142, que extinguiu a Renca, sigla para “Reserva Nacional de Cobre e Seus Associados, reserva mineral constituída pelo Decreto nº 89.404, de 24 de fevereiro de 1984, localizada nos Estados do Pará e do Amapá.”²⁹

Diante da reprovação imediata por parte de entidades ambientais e da pressão sofrida pela opinião pública (inclusive de artistas), tal decreto foi revogado, mas sendo expedido um outro,

²⁶ ECCLESIA. Fé e Meio Ambiente. Principais Conferências Internacionais sobre o Meio Ambiente. Disponível em https://www.ecclesia.com.br/biblioteca/fe_e_meio_ambiente/principais_conferencias_internacionais_sobre_o_meio_ambiente_e_documentos_resultantes.html. Acesso em 30.08.2017.

²⁷ OPENSECRETS. Disponível em <https://www.opensecrets.org/lobby/indusclient.php?id=Q11>. Acesso em 30.08.2017.

²⁸ OPENSECRETS. Disponível em <https://www.opensecrets.org/lobby/indusclient.php?id=E01&year=2017>. Acesso em 30.08.2017.

²⁹ BRASIL. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9142.htm. Acesso em 28.08.2017.

apenas seis dias após a edição do primeiro, desta feita de n. 9.147, que mantém a extinção da Renca, elencando, todavia, maiores detalhes sobre a forma de exploração e deveres de respeito ao ambiente e às áreas indígenas. Em que pese o esforço do governo para melhor justificar a medida, decisão em caráter cautelar foi deferida pelo juízo da 21ª Vara Federal de Brasília, que suspendeu, em 30 de agosto de 2017, referido ato presidencial, por entender que não poderia ter sido extinta a área sem apreciação do Congresso Nacional.³⁰

Como se vê, são muitos os desafios quando se confronta exploração econômica, muitas vezes necessárias ao desenvolvimento, diga-se, com a preservação ambiental. A crítica que se faz ao caso ilustrado, para além de eventual falta de zelo com a preservação do local, é justamente a falta de informação a respeito dos reais interesses subjacentes à edição de um decreto que foi elaborado, em sua versão original, em apenas quatro artigos, sendo que dois deles tratam de meras formalidades de texto legal³¹, sem qualquer discussão prévia com a Sociedade, com as entidades de defesa do ambiente, com a população envolvida ou com o próprio Parlamento. A Renca foi criada, como visto, no longínquo ano de 1984, antes da vigência da atual Constituição da República, cujo marco de proteção ao ambiente é histórico. Ou seja, qualquer medida tomada agora deveria ser precedida da necessária cautela. Sequer o Ministério do Meio Ambiente fora consultado quando da edição do primeiro decreto, levando o titular da pasta, Sarney Filho, a cogitar de um "desmatamento desenfreado".³² Quais interesses econômicos e/ou políticos podem ter influenciado tal decisão, que fez a mais alta autoridade do país dispensar a consulta ao assessor direto da área ambiental?

A falta de regulamentação da atividade de *lobby* no Brasil prejudica sobremaneira uma resposta a esta questão, na medida em que não há registros de possíveis intermediações de interesses privados da atividade minerária junto ao Governo. Não se cuida de simples decreto de regulamentação, mas da extinção de uma área de "46.450 km² (que) se sobrepõe a partes de três

³⁰ CASADO, Letícia. **Juiz suspende decreto que extingue reserva na Amazônia**. Folha de São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/08/1914242-juiz-suspende-decreto-que-extingue-reserva-na-amazonia.shtml>. Acesso em 30.08.2017.

³¹ Confira-se o inteiro teor dos artigos do citado Decreto n. 9.142/2017: Art. 1º Fica extinta a Reserva Nacional de Cobre e seus associados, constituída pelo Decretos nº-89.404, de 24 de fevereiro de 1984, localizada nos Estados do Pará e do Amapá. Art. 2º A extinção de que trata o art. 1º não afasta a aplicação de legislação específica sobre proteção da vegetação nativa, unidades de conservação da natureza, terras indígenas e áreas em faixa de fronteira. Art. 3º Ficam revogados: I – o Decreto nº-89.404, de 24 de fevereiro de 1984; e II – o Decreto nº-92.107, de 10 de dezembro de 1985. Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

³² CASADO, Letícia. **Juiz suspende decreto que extingue reserva na Amazônia**. Folha de São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/08/1914242-juiz-suspende-decreto-que-extingue-reserva-na-amazonia.shtml>. Acesso em 30.08.2017.

unidades de conservação de proteção integral e duas terras indígenas.”³³

A não oitiva de qualquer entidade, da população indígena envolvida, da Sociedade ou do Parlamento, previamente à extinção de uma reserva de expressivo tamanho, viola o direito ao contraditório administrativo, na medida em que o meio ambiente e os próprios moradores ficaram desprotegidos e sem qualquer possibilidade de defesa.

Conforme visto no item 2 deste breve estudo, o projeto de lei que propõe a regulamentação do *lobby* resguarda tratamento isonômico aos interesses legislativos, o que deve ser observado pelos órgãos estatais. Para além da possibilidade de interferência do capital em áreas sensíveis para a Sociedade, como é a questão ambiental, a ausência de transparência no tratamento de tais questões leva a dúvidas desnecessárias, na medida em que poderiam ter sido facilmente sanadas com a publicação, em sítio acessível por todos, de qualquer iniciativa a respeito da extinção da área em tela.

Por fim, com Mancuso *et al*, conclui-se que tanto a regulamentação do *lobby* quanto a abertura possibilitada pela Lei de Acesso à Informação “não devem ser vistas como a panaceia para a construção do bom governo, mas podem oferecer uma contribuição relevante nesse sentido, desde que integradas a outras medidas que procurem preencher suas lacunas e compensar os seus limites.”³⁴

Com tais considerações, espera-se ter provocado a atenção do leitor para a importância do debate sobre o *lobby* no Brasil, notadamente na questão ambiental, cuja influência do capital pode - e deve - ser contraditada por entidades que promovem a proteção ambiental, a fim de que as atuais e futuras gerações possam ser devidamente preservadas em meio ecologicamente equilibrado, conforme mandamento constitucional (art. 225, *caput*, CRFB/88).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento.

³³ CASADO, Letícia. **Juiz suspende decreto que extingue reserva na Amazônia**. Folha de São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/08/1914242-juiz-suspende-decreto-que-extingue-reserva-na-amazonia.shtml>. Acesso em 30.08.2017.

³⁴ MANCUSO, Wagner Pralon; ANGÉLICO, Fabiano; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. **Ferramentas da transparência: o possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do lobby no Brasil**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, p. 41-56, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p41>.

2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9142.htm. Acesso em 28.08.2017.

BRASIL. Senado da República. Projeto de Lei n. 336/2015. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121578>. Acesso em 04.07.2017.

CASADO, Letícia. **Juiz suspende decreto que extingue reserva na Amazônia**. Folha de São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/08/1914242-juiz-suspende-decreto-que-extingue-reserva-na-amazonia.shtml>. Acesso em 30.08.2017.

CROUCH, Colin. **Postdemocracia**. Tradução para o italiano de Cristiana Paternò. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2003. Título original: *Post-democracy*.

ECCLESIA. Fé e Meio Ambiente. **Principais Conferências Internacionais**

sobre o Meio Ambiente. Disponível em:

<https://www.ecclesia.com.br/biblioteca/fe_e_meio_ambiente/principais_conferencias_internacionais_sobre_o_meio_ambiente_e_documentos_resultantes.html>. Acesso em 30.08.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**. *La crisis de la democracia constitucional*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Minima Trotta, 2011. Título original: *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*.

FRANCISCO, Wagner De Cerqueria E. **O IDH dos países europeus**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-idh-dos-paises-europeus.htm>>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

GALVÃO, Eduardo. **Lobby 2.0 – Regulamentação, ética e transparência**. Portal LinkedIn. Disponível em <https://pt.linkedin.com/pulse/lobby-20-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-%C3%A9tica-e-transpar%C3%Aancia-eduardo-galvao>. Acesso em 30.08.2017.

GONZÁLEZ, Renato Garin. **El lobby feroz y la sociedad de las influencias**. Santiago: Catalonia, 2016. Versão eletrônica – Kindle.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GREEN NATION. Disponível em <http://greennation.com.br/dica/ongs-ambientais/4464>. Acesso em 30.08.2017.

HBR WEBINAR. Disponível em <https://hbr.org/2016/10/research-whos-lobbying-congress-on-climate-change>. Acesso em 30.08.2017.

MANCUSO, Wagner Pralon; ANGÉLICO, Fabiano; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Ferramentas da transparência: o possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do lobby no Brasil. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 53, n. 212, p. 41-56, out./dez. 2016. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p41>.

MELLO, Patrícia Campos; TAVARES, Flávia. Nos EUA, lobistas seguem normas rígidas. **O Estado de São Paulo**. Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,nos-eua-lobistas-seguem-normas-rigidassimp-609495>. Acesso em 29.08.2017.

ONUBR. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>. Acesso em 30.08.2017.

OPENSECRETS. Disponível em

<https://www.opensecrets.org/lobby/indusclient.php?id=E01&year=2017>. Acesso em 30.08.2017.

OPENSECRETS. Disponível em <https://www.opensecrets.org/lobby/indusclient.php?id=Q11>. Acesso em 30.08.2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

REPRESENT.Us. Youtube Channel. **5 Crazy Facts About Lobbyists - Follow the Money**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=b4jdcldquF0>. Acesso em 05.07.2017.

RIFKIN, Jeremy. **La Civilización Empática: La carrera hacia una conciencia global em um mundo en crisis**. Tradução de BARBERÁN, Genís Sánchez e CASANOVA, Vanesa. Madrid/Espanha: Espasa Libros, 2010.

TAXA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE¹

Janiara Maldaner Corbetta²

INTRODUÇÃO

A preocupação pela proteção e melhoria do meio ambiente constitui objetivo prioritário da sociedade nos dias atuais. A deterioração da natureza como consequência do desenvolvimento econômico e social despertou a inquietude da sociedade e de organizações mundiais, com o objetivo de buscar um modelo de desenvolvimento sustentável que permita o crescimento econômico e social sem comprometer os recursos naturais para as futuras gerações.

O estudo constante evidencia, sem dúvidas, que o controle de impactos da ação humana sobre a natureza e, conseqüentemente, o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado não é apenas uma opção ou uma política qualquer, mas sim um dever essencial dos Estados e da coletividade, porquanto constitui um direito fundamental protegido constitucionalmente.

E para que esse dever estatal e coletivo seja efetivado, não basta formular princípios ou normas. Devem ser criados procedimentos que propiciem o efetivo controle ambiental.

Dentre esses procedimentos estão os instrumentos econômicos, os quais, por afetarem diretamente a parte financeira dos indivíduos e da sociedade, revelam-se eficazes no sentido de alcançar um objetivo comum. É o caso dos tributos ambientais, os quais podem ser instituídos com a finalidade de promover a proteção ambiental.

Entretanto, a constituição e a validação dos tributos ambientais dependem, em muito, da relativização do Direito Tributário, através da ponderação e da conciliação entre seus princípios basilares e aqueles constituídos pelo Direito Ambiental.

O objetivo principal deste artigo é exatamente esse: demonstrar a necessidade de se

¹ Artigo científico concebido como requisito para a conclusão da disciplina Governança Transnacional e Sustentabilidade, integrante do quadro curricular do Doutorado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

² A autora é graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2003). Pós-graduada em Direito e Gestão Judiciária para Magistrados pela Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina (2009). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com dupla-titulação pela Universidade de Alicante-Espanha (2014-2016). Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com dupla-titulação pelo Instituto Universitario del Agua y las Ciencias Ambientales – IUACA (2017-2020). Atualmente exerce as funções de Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Porto Belo. E-mail: *janiara@tjsc.jus.br*.

relativizar os princípios estabelecidos pelo Direito Tributário para possibilitar a instituição de taxas ambientais como instrumento de defesa do meio ambiente. Tudo como forma de viabilizar o controle estatal de impactos das ações humanas sobre a natureza, fazendo valer o direito fundamental à proteção dos recursos naturais e garantia de um meio ambiente adequado e equilibrado para a presente e as futuras gerações.

1. NECESSIDADE DE CONJUGAR MEIO AMBIENTE E TRIBUTOS

Não se pode negar a importância fundamental da preservação ambiental nos dias atuais e tampouco a imperiosa necessidade de coordenar meios e envidar esforços para dar efetividade às determinações constitucionais sobre o dever dos poderes públicos e da sociedade de preservar o ambiente e garantir sua manutenção para as gerações futuras.

Para tanto, Estado e sociedade devem encontrar instrumentos eficazes que permitam essa medida de conservação.

É certo que os meios tradicionais têm se demonstrado incapazes de paralisar ou solucionar os problemas ambientais enfrentados pela humanidade, o que faz com que políticas econômicas voltadas ao problema ambiental ganhem força na atualidade.

O caráter antropocêntrico da proteção ambiental não implica em eliminar por completo a incidência do homem sobre o meio ambiente, mas conseguir um equilíbrio entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico.

Como o Estado precisa oferecer socorro ao meio ambiente, integrando-o em sua gestão participativa, possui dever de produzir uma política ambiental preventiva, fundada no planejamento de condutas e na regulamentação de atividades humanas. Neste sentido, o direito é usado para concretizar e impulsionar o desenvolvimento sustentável e tenta regular a imprudência na extração e utilização dos recursos naturais, fiscalizar atividades econômicas tendentes ao aprimoramento tecnológico, incentivar condutas protetivas do meio ambiente e planejar políticas públicas.³

As políticas de desenvolvimento sustentável se desenvolvem efetivamente pela adoção de instrumentos econômicos e fiscais que, com a incorporação de tecnologia, neutralizem, minimizem

³ MARCOS, Patrícia Rossi. A tributação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte, v.12, n.71, p. 71-78, set./out. 2013, p. 74.

ou previnem danos ao meio ambiente.

Diante disso surge a utilização de instrumentos econômicos com o fim de fixar os preços dos bens ambientais e de incentivar comportamentos de acordo com a proteção do meio ambiente.

A doutrina estabelece que o Estado possui dois sistemas de ordem jurídica, com fundamentos econômicos, para implementar políticas de preservação ambiental: o chamado de *comando-e-controle* e os *instrumentos econômicos*.

O *comando-e-controle* consiste nas normas editadas pelo Estado em face do particular (comando), seja limitando sua liberdade em relação ao uso dos bens ou regulamentando sua atividade, conjuntamente com a necessária fiscalização pelos órgãos competentes (controle).

Por outro lado, os instrumentos econômicos são aqueles que incidem diretamente na parte financeira dos indivíduos ou da sociedade com a finalidade de concretizar um objetivo comum, como a preservação ambiental.

O jurista espanhol Tulio Rosembuj entende que os instrumentos econômicos são mais vantajosos na preservação ambiental, porquanto criam recompensas aos agentes econômicos na medida em que permitem uma prevenção e uma diminuição da poluição, além de oferecer vantagens na aquisição de uma energia limpa e liberdade de escolha na adoção de medidas pelos agentes poluidores.⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, tais instrumentos econômicos são enumerados como: preços públicos, taxas e impostos, “direitos de poluir” negociáveis no mercado, subsídios e fundos de indenização coletivos.⁵

Dessa forma, o tributo não é o único instrumento econômico apto para proteção ecológica, porém é o mais factível e que compatibiliza a solidariedade coletiva e o interesse geral.

Isto porque há, de um lado, a natureza do bem ambiental como interesse público e direito fundamental da coletividade e, de outro lado, o preceito inspirador da tributação de que todos devem contribuir para os gastos públicos, desde que amparados pelos princípios constitucionais estabelecidos.

⁴ ROSEMBUJ, Tulio. **Los tributos y la protección del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 48 (tradução nossa).

⁵ SOARES, Claudia Alexandra Dias. **O imposto ecológico – contributo para o estudo dos instrumentos econômicos de defesa do ambiente**. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 139.

Por isso que, dentre outros instrumentos econômicos, o tributo se demonstra como aquele capaz de proporcionar uma contribuição para os gastos públicos “a partir do estabelecimento, por parte do legislador, de uma relação equilibrada entre capacidade econômica de poluir e sustentabilidade, objetivando o interesse comum”.⁶

Ao mesmo tempo em que todos possuem o direito de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, todos devem, igualmente, contribuir para sua preservação.

Através da tributação ambiental, o Estado chama o particular a participar na concretização de seu dever público de proteger e preservar o meio ambiente, não só através de comportamentos ecologicamente corretos, mas também através do pagamento de receitas necessárias ao cumprimento de tal desiderato.

Com isso os tributos ambientais proporcionam não só uma mudança de comportamento, mas também promovem a arrecadação de recursos necessários para a prevenção, conservação e recuperação dos recursos naturais.

A tributação pode ser uma alternativa para alcançar fim tão nobre como a proteção ambiental, superadas as dificuldades que envolvem tal entrelaçamento de princípios e valores.

É isso o que preconiza o Direito Tributário Ambiental, isto é, o ramo da ciência que estuda as normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício de competências ambientais, para determinar o uso de tributo na função instrumental de garantia, promoção ou preservação de bens ambientais.⁷

Há autores que possuem posição crítica frente aos tributos ecológicos, afirmando que não deveriam resultar em qualquer arrecadação, instituindo o que se convencionou chamar de “arrecadação zero”.

Porém, o ideal dos tributos ecológicos ou ambientais não se trata de arrecadação, mas de um incentivo para que se alcancem níveis de contaminação mais reduzidos e, conseqüentemente, a preservação do meio ambiente.

Em países desenvolvidos, a experiência tem demonstrado que a introdução de um eficiente sistema de tributos ambientais é duplamente vantajoso: de um lado estimula o comportamento

⁶ SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 228 e 231.

⁷ TABOADA, Carlos Palao. **Direito Tributário Ambiental**, p. 102.

individual, que espontaneamente se orienta de modo ecológico para evitar tributação mais gravosa; de outro não é custoso nem pouco eficaz, como a fiscalização inerente ao exercício do poder de polícia.⁸

A preservação do meio ambiente saudável e a manutenção do desenvolvimento sustentável são metas incontestáveis, fundamentos de nossa sobrevivência, que devem ser privilegiadas diuturnamente. Por isso o Estado deve buscar meios para atender às necessidades de proteção dos recursos naturais para a presente e para as futuras gerações, aliando o interesse público ao privado.

Dentre os papéis do Direito está o de implementar políticas públicas, com a intervenção ordenada e coordenada do Estado na atividade econômica, sendo o Direito Tributário um importante instrumento para tal fim, motivo pelo qual passaremos a analisar o tributo ambiental.

2. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

A tributação ambiental é um tema relativamente novo e de difícil inclusão no sistema constitucional brasileiro, uma vez que a nossa Constituição é rígida e demasiadamente analítica em matéria tributária, porquanto identifica as possíveis espécies de tributo e delimita sua aplicação.

Por isso que muitos autores se remetem ao Direito Comparado, no qual a tributação ambiental é tratada de forma abrangente diante das constituições mais genéricas e flexíveis.

O tema tributário, na Constituição Brasileira, está inserido no título que trata “Da Tributação e do Orçamento”, com um capítulo dedicado ao “Sistema Tributário Nacional”.

Essa situação, por si só, é suficiente para verificar que os tributos, no âmbito brasileiro, são tratados exclusivamente como fonte de arrecadação de recursos para os gastos públicos, porquanto vem previsto exatamente na parte que trata do orçamento.

A postura brasileira indica o tributo como espécie de arrecadação para o financiamento público, com caráter meramente fiscal, sendo que o contribuinte seria apenas alvo da obrigação de pagar gravames ao Estado, distante da figura de cidadão. É como se os interesses fossem contrapostos: de um lado o interesse do Estado, meramente arrecadatório, e de outro lado os interesses da sociedade, a qual tolera, inclusive, a evasão tributária, exatamente por possuírem um

⁸ COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 313.

ponto de vista contrário à fixação de tributação.⁹

Há países, porém, como a Espanha, que, de forma totalmente diversa, o pagamento de tributos se encontra no tópico destinado aos deveres e aos direitos dos cidadãos, evidenciando o comprometimento da população com o financiamento dos gastos comuns, utilizado para garantir a qualidade de vida de todos.

Enquanto que a Constituição Brasileira expressa os tributos como instrumentos de arrecadação de recursos para as finanças públicas, na Espanha são tratados como instrumentos de alcance de outros valores, além daqueles puramente fiscais.

Essa situação se torna ainda mais evidente ao analisar a legislação tributária complementar. O Código Tributário Nacional – CTN brasileiro nada expressa quanto à preocupação sócio-política do tributo.¹⁰

Além disso, a constituição brasileira trata, de maneira exaustiva, sobre tributos, suas características, espécies e finalidades, além de fato gerador, imunidades e questões específicas do regime de alíquotas.

Diante disso se verifica que o sistema constitucional tributário brasileiro traz princípios e também regras de caráter não principiológico.

Com relação ao conceito de tributo, a Constituição brasileira contempla apenas as espécies de tributos existentes no ordenamento nacional.

O conceito de tributo, no ordenamento jurídico brasileiro, vem insculpido no CTN, mais precisamente nos seus primeiros artigos, os quais dispõem que: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

O CTN também especifica as espécies de tributo do ordenamento jurídico brasileiro como sendo impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Daqui se extraem os seguintes elementos característicos dos tributos no âmbito brasileiro: prestação pecuniária (conteúdo patrimonial do instituto, sem indicação de sua utilização como um

⁹ PORTELLA, André. Conceito de tributo no direito comparado: Brasil e Espanha. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, v.19, n.101, p. 141-167, nov./dez. 2011, p. 143.

¹⁰ BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Senado Federal, 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ato de fazer em prol do Estado); compulsoriedade (prestação obrigatória); pecuniária em moeda (visa evitar o confisco de bens do devedor); originado em lei (garantir o princípio da legalidade e da segurança jurídica); que não constitua sanção de ato ilícito e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada (garantir estabilidade nas relações entre contribuintes e Fazenda Pública e evitar atos administrativos abusivos ou ilegais).

Salienta, ainda, que o tributo é classificado como fiscal (finalidade arrecadatória), extrafiscal (finalidade incentivadora ou inibitória de comportamento visando valores constitucionalmente contemplados) e parafiscal, isto de acordo com seu valor finalístico.

Assim, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a proteção ambiental como um dever do Estado. Porém, não especifica os instrumentos com os quais poderia efetivar tal dever, nem sua relação com outras medidas protetoras a cargo dos poderes públicos.

Os ordenamentos constitucionais não obrigam a criação de tributos ecológicos, apenas estabelecem um dever de conservação ambiental a cargo dos poderes públicos e particulares (pessoas físicas e entidades jurídicas), invocando a solidariedade coletiva, isto é, de que o custo de proteção ambiental deverá ser assumido pelo sujeito que realiza atividades contaminantes.¹¹

Para os doutrinadores, a ausência de previsão expressa no texto constitucional da utilização de tributos para fins extrafiscais não impede sua criação, pois encontra respaldo numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, enquanto instrumento importante para a consecução das funções do Estado.

Atualmente, prega-se pela utilização do tributo como instrumento de consecução das políticas públicas, inclusive na área ambiental. Isto porque qualquer alteração das condições econômicas de um país acarreta influências imediatas em outros países, o que coloca em dúvida o conceito de tributo apenas como forma de arrecadação fiscal.

No cenário mundial globalizado atual, conforme denota Fernando Facury Scaff e Lise Vieira da Costa Tupiassu¹²:

[...] é imprescindível levar em consideração nas análises jurídicas contemporâneas esta cisão entre um Direito Tributário eminentemente nacional, formal e centrado na arrecadação, e o impacto da

¹¹ HERRERA MOLINA, Pedro Miguel. **Derecho tributario ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributário**, p. 33 (tradução nossa).

¹² SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o icms ecológico. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, RT v.38, abr. 2005, p. 99-120, p. 104.

globalização, que elimina as fronteiras nacionais na circulação de bens e, especialmente, na circulação de serviços, fazendo com que seja necessário colocar o Direito Tributário a serviços das demais áreas de conhecimento, no presente caso, da Ecologia, ao tratar da tributação ambiental.

É a transformação do Direito Tributário atual para aquele das futuras gerações, unificado pela efetivação dos direitos humanos, com nítido caráter extrafiscal, o qual será abrangido no próximo tópico.

2.1 Extrafiscalidade

A extrafiscalidade é o emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidades não arrecadatórias, mas, sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores constitucionalmente consagrados.

É uma das tarefas fundamentais do Direito Tributário, comprometido com uma verdadeira revolução, ou seja, com a criação de um novo ser social.¹³

Primordial dar curso a uma harmonização através da identificação de imposições que incidam, ao mesmo tempo, sobre o aproveitamento de bens ambientais e que justifiquem uma ponderada participação dos agentes econômicos no reparo dos custos de manutenção pelo Estado.

Nisso consiste a extrafiscalidade tributária: instituir tributos com a finalidade de financiar a máquina pública para a execução de serviços determinados, previstos constitucionalmente como dever estatal.

A finalidade de proteção ao meio ambiente é uma finalidade extrafiscal, o que leva à conclusão de que o tributo ambiental é um típico instrumento extrafiscal.

Cabe ressaltar, porém, que a função da extrafiscalidade não é sancionar ou punir, mas sim possibilitar a escolha de condutas, isto é, tem a função de condicionar a liberdade de escolha do agente econômico.

Conforme salienta Alberto Lopes Oliveira Junior¹⁴:

Os recursos advindos com a arrecadação dos tributos auxiliam o Estado na defesa do meio ambiente com a persecução da sua preservação, melhoria e recuperação da qualidade para a vida, assegurando

¹³ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 533.

¹⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Alberto Lopes de. A defesa do meio ambiente e o sistema tributário nacional: análise da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.205, p. 7-18, out./2012, p. 7.

ao país as condições ao desenvolvimento sócioeconômico, à segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, conforme disposto na Política Nacional do Meio Ambiente.

O continente europeu vem associando as reformas fiscais à regulação ambiental, promovendo o que se tem chamado de reformas fiscais verdes.

Há dois modelos previstos de acordo com a intensidade das reformas: enfoque restrito ou parcial e o enfoque generalizado ou de reforma integral.

O enfoque restrito ou reforma parcial possui resposta rápida ou intuitiva, no qual os tributos ambientais possuem um caráter secundário, com finalidade predominantemente arrecadatória e com vínculo pouco claro entre o tributo e o problema ambiental. Esse modelo tem sido seguido pelos Estados Unidos da América, Alemanha, Reino Unido. Já o enfoque generalizado ou de reforma integral parte da ideia de que a tributação ambiental deixa de ser uma inovação marginal para ser um componente fundamental dos novos espaços tributários. É o modelo seguido pelos países nórdicos, como Suécia, Noruega, Dinamarca, Holanda e Finlândia.¹⁵

Porém o uso de instrumentos fiscais de proteção ambiental não pode ser estandardizado, devendo responder às realidades sociais e jurídicas de cada país, podendo ser implementado de maneira gradual ou através de verdadeiras reformas fiscais verdes.¹⁶

Os tributos ambientais podem ser utilizados tanto para arrecadar os recursos necessários aos programas ambientais para custear a prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia e de controle e fiscalização das atividades danosas ou potencialmente nocivas ao meio ambiente, como também para orientar a atuação dos agentes econômicos, estimulando comportamentos ou processos produtivos ou de consumo mais favoráveis à preservação ambiental.

Os tributos possuem, assim, função dupla, uma vez que podem desestimular atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras do meio ambiente e, ao mesmo tempo, estimular práticas ou tecnologias favoráveis ao meio ambiente através da aplicação do produto da arrecadação na finalidade que justifica sua criação.

Os tributos, em função de sua própria natureza, devem exercer uma finalidade eminentemente voltada ao bem comum, devendo ser otimizada sua utilização como instrumento

¹⁵ GAGO RODRÍGUEZ, Alberto e LABANDEIRA VILLOT, Xavier. **La Reforma Fiscal Verde: teoría y práctica de los impuestos ambientales**. Madrid: Mundi Prensa, 1999, p. 73-74 (tradução nossa).

¹⁶ MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 275.

de implementação das políticas de proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

E isto significa dizer que os tributos ambientais possuem, sim, caráter extrafiscal.

2.2 Conceito de tributo ambiental

O adjetivo ambiental aplicado aos tributos não é menos ambíguo que o conceito de extrafiscalidade. O núcleo ambiental está na estrutura do imposto ou no destino dos fundos arrecadados? Tal definição é imprescindível para evitar que mais tributos sejam instituídos com o pretexto de preservar, desprovido de qualquer vínculo com a atividade estatal de proteção ao meio ambiente.

A qualificação de um tributo como ecológico deve-se atender à sua estrutura, de modo que se reflita a finalidade de incentivar a proteção do meio ambiente.¹⁷

Alguns autores utilizam um critério muito amplo de tributo ambiental. Messerschmidt inclui sobre essa rubrica todos os tributos relacionados com a proteção do meio ambiente, isto é, se derivam de uma contraprestação pelo desfrute do meio ambiente, ou como medida de compensação dos gastos destinados a protegê-lo, ou como incentivo jurídico ambiental ou como mero recurso financeiro afetado a fins ambientais (conceito adotado pela agência europeia de meio ambiente).

Os tributos ambientais pretendem o equilíbrio entre a proteção e a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico sustentável. Assim, a finalidade ambiental não exclui a arrecadação de recursos, os quais serão utilizados exatamente na consecução de tal fim.

No Brasil, não há um conceito de tributo ambiental desenvolvido na legislação. A doutrina se apoia na lição pioneira de Martin Mateo que refere os tributos ambientais como aqueles que tendem a desanimar as condutas contaminantes e tratamentos fiscais favorecidos.¹⁸

A ausência de uma definição estabelecida sobre tributo ambiental não afasta o consenso no sentido de que é aquele tributo no qual a finalidade ambiental está presente em sua estrutura e nos elementos constitutivos, ou seja, a consideração ambiental constitui objeto do tributo.

¹⁷ HERRERA MOLINA, Pedro Miguel. **Derecho tributario ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario**, p. 130 (tradução nossa).

¹⁸ MARTÍN MATEO, Ramon. **Manual de Derecho Ambiental**, p. 100 (tradução nossa).

O conceito de tributo ambiental pode ser entendido no sentido amplo ou estrito. O primeiro faz referência a um tributo tradicional ou ordinário adaptado a servir ao esforço da proteção ambiental. O segundo, a um tributo novo estabelecido pelo uso do meio ambiente pelos agentes econômicos.

O tributo em sentido amplo é aquele que tem algum tipo de relação com os fins de proteção ambiental, como os impostos com fins de proteção ambiental, as taxas ou contribuições especiais conectadas com o meio ambiente.¹⁹

Os tributos ambientais são as prestações pecuniárias exigidas por um ente público com a finalidade principal de produzir efeitos de conservação, reparação, melhoria e, em geral, proteção do meio ambiente.

A preocupação principal na instituição de um tributo ambiental é evitar que possua finalidade meramente arrecadatória, mas sim que efetivamente prime pela preservação ambiental.

Os tributos ambientais devem ter em conta cinco condições para sua correta aplicação: eficácia, eficiência, contexto internacional, transparência e não deve entorpecer o desenvolvimento normal do mercado interno.²⁰

Os principais objetivos dos ecotributos são: encarar uma conduta compatível com o meio ambiente, redução das atividades contaminantes, veículos de indenização para a sociedade, diminuição de produtos contaminantes, fonte de financiamento do custo ambiental.

Claudia Alexandra Dias Soares²¹, doutrinadora portuguesa, leciona que: “O tributo ecológico tem que se conformar não só com os princípios e as disposições legais que lhe são aplicáveis enquanto componentes do sistema fiscal, mas também com aqueles que se lhe dirigem em virtude de ser um instrumento de política ambiental.”

Tributos ambientais, portanto, são aqueles imbuídos de motivação ambiental, com o propósito de proteção ambiental.

A proposta para criação de um tributo ambiental deve ser submetida a um triplice controle:

¹⁹ GONZALES, Saturnina Moreno. Los impuestos propios de carácter medioambiental desde la perspectiva comunitaria. **Quincena Fiscal**, n. 22, 2013, p. 3 (tradução nossa).

²⁰ ALTAMIRANO, Alejandro C. El derecho tributario ante la constitucionalización del derecho a un medio ambiente sano. In: TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 474 (tradução nossa).

²¹ SOARES, Claudia Alexandra Dias. **O imposto ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente**, p. 326.

idoneidade (capacidade de produzir os benefícios ambientais almejados, potencial para arrecadar receitas, medida factível e aceita socialmente), necessidade (solução mais eficaz e menos lesiva aos contribuintes) e proporcionalidade (ponderação entre a proteção da qualidade ambiental e a limitação do direito à propriedade e da livre-iniciativa).²²

Uma das primeiras características do tributo ambiental é que ele jamais pode configurar sanção ou punição. A tributação é possível apenas sobre atividades lícitas, como forma de orientar tais atividades em prol da natureza.

Para Fernando Magalhães Modé²³:

Desta forma, verifica-se que a tributação ambiental, em regra, não se estrutura, como ocorre com os mecanismos de comando, em face de uma dicotomia: permitido/proibido. A tributação ambiental, ao revés, parte do pressuposto de que todas as atividades econômicas a comportem a hipótese de incidência de um tributo ambiental são lícitas, pois, se razão houvesse para tê-las como ilícitas, deveriam ser assim tratadas por normas de conteúdo proibitivo, e não pela tributação ambiental”.

Os tributos ecologicamente orientados são aqueles que influenciam na decisão econômica de modo a tornar mais interessante a opção ecologicamente mais adequada.²⁴

O tributo verde tem papel orientador da atividade empresarial ou popular.

Os tributos ecologicamente orientados são aqueles que influenciam na decisão econômica de modo a tornar mais interessante a opção ecologicamente mais adequada.

Além disso, a função das *green taxes* é internalizar os custos ambientais, isto é, trazer para o custo de cada bem ou mercadoria o custo que seu consumo representa em termos ambientais.

Isto é, a ambientalização do tributo se justifica por se tratar de instrumento especialmente eficaz para a internalização das externalidades, além de servirem para a integração das políticas econômicas e ambientais e porque podem proporcionar incentivos para que tanto consumidores como produtores mudem para um comportamento mais respeitoso com o meio ambiente.²⁵

É a chamada função da externalidade, expressão que será abordada no tópico a seguir.

²² MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 282.

²³ MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 82

²⁴ FERRAZ, Roberto. **Taxa: instrumento de sustentabilidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 283

²⁵ ALTAMIRANO, Alejandro C. **Direito Tributário Ambiental**, p. 477.

2.3 Externalidade

Quanto ao termo “externalidade”, o conceito foi formulado de forma pioneira pelo economista inglês Pigou, por volta de 1920, segundo o qual ocorre quando o bem-estar e/ou a eficiência econômica de um agente afeta a outro. Isto quer dizer que o uso de um bem coletivo de forma gratuita (recursos naturais) para a produção de bens e serviços, repassando os custos para a sociedade, constitui “falhas de mercado”, os quais devem ser devidamente compensados.

O estudo pioneiro de Arthur Cecil Pigou versa sobre a correção de externalidades negativas mediante cobrança, pelo Estado, da diferença entre o custo marginal privado e o custo marginal social. É a chamada taxa pigouviana, uma medida imposta pelo Estado para influenciar o comportamento dos agentes econômicos no mercado, com o objetivo de corrigir as externalidades negativas, nos casos em que há uma oposição entre benefícios privados e o custo social pela utilização de recursos ambientais.²⁶

A poluição é considerada um efeito externo negativo, pois os danos que ela provoca não são diretamente considerados no mercado, transformando-se em um custo social não compensado, ou seja, imposto à sociedade.

A fórmula pigouviana pressupõe uma forte presença do Estado para regulamentar tal situação. Porém, o Estado deve assumir papel imparcial e desvinculado de compromissos, além de ter conhecimento técnico suficiente para efetuar a valoração ambiental, ou seja, para medir custos e benefícios ambientais.

Sobre tal assunto, a doutrina estabelece três critérios utilizados para se chegar a uma valoração ambiental: método custo de viagem (estima o preço de uso de um ativo ambiental por meio da análise dos gastos incorridos pelos visitantes ao local de visita, como um parque ou reserva); método de preço hedônico (estima um preço implícito com base em atributos ambientais característicos de bens comercializados em mercado); e método de valoração contingente (utiliza pesquisas amostrais para identificar e quantificar as preferências individuais em relação a bens que não são comercializados em mercado).²⁷

Os instrumentos econômicos surgem, então, como possibilidade de intervenção do Estado

²⁶ SOUZA FILHO, Vano Sérgio Reis de. Tributação ambiental: a possibilidade da cobrança de tributos visando à defesa do meio ambiente. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, ano 20, p. 322-346, mar./abr. 2011, p. 335.

²⁷ BURSZTYN, Maria Augusta. BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade**, p. 217.

na regulação da econômica, porquanto influem sobre benefícios e custos dos agentes econômicos, induzindo mudanças em suas ações de forma favorável ao meio ambiente. Tratam-se, geralmente, de transferência financeira dos agentes públicos e privados ao governo, como por meio de cobrança de taxas.

A degradação ambiental tem um preço que deve ser cobrado de seu causador.

A intervenção do Estado, justificada pela presença de externalidades decorrentes dos impactos diretos e indiretos da atividade produtiva no meio ambiente, pode dar-se, nesse contexto, por meio da concessão de subsídios para estimular as externalidades positivas ou por meio da cobrança de multas ou de tributos a desestimular as externalidades negativas. Insurge-se, assim, a possibilidade de utilizar os tributos como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes ao meio ambiente e à sociedade, com intuito de melhorar a qualidade de vida e de alcançar simultaneamente a sustentabilidade ecológica e o desenvolvimento econômico.²⁸

Daí surge a possibilidade de conciliar a preocupação com o meio ambiente com a cobrança de tributos, através de uma reforma fiscal ecológica ou reforma fiscal verdade, a qual pode ser concretizada através da criação de novas cobranças (ecotaxas) ou pela reestruturação da tributação já existente, com a finalidade de reduzir ou suprimir as práticas mais prejudiciais ao meio ambiente.

Para melhor compreender tal situação, cabe analisar, primeiramente, as espécies de tributo e, então, verificar o caminho a ser seguido para concretizar a tributação ambiental no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4 Espécies de tributos

Entender as espécies de tributos é indispensável para concluir-se qual o mecanismo adequado para promover a preservação e a proteção ambiental.

Neste aspecto, limitaremos à explanação das espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro para, ao final, estabelecer um estudo mais aprofundado das taxas ambientais, a qual nós entendemos como o instrumento econômico juridicamente possível e eficaz para a proteção

²⁸ SOUZA FILHO, Vano Sérgio Reis de. **Tributação ambiental: a possibilidade da cobrança de tributos visando à defesa do meio ambiente**, p. 334.

ambiental.

Conforme já visto anteriormente, a CRFB, no artigo 145, delimita as espécies tributárias existentes como: imposto, taxa e contribuição de melhoria. As espécies complementares trazidas pela doutrina - empréstimos compulsórios e contribuições compulsórias – não serão abordados neste estudo porque se demonstram totalmente ineficazes para o fim que se almeja.

O imposto vem definido no artigo 16 do CTN como o tributo “cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Observa-se, assim, que a criação de imposto não depende de contraprestação estatal específica, relativa ao contribuinte, ou seja, o produto da arrecadação do tributo não está vinculado à execução de uma atividade pelo Estado.

Juliano Brito²⁹ define imposto como

a mais tradicional das espécies tributárias, cuja cobrança está naturalmente conectada ao simples exercício da soberania parte do Estado, independentemente de qualquer justificativa ou de uma destinação específica ao produto da arrecadação. A destinação da receita dos impostos é genérica, servindo para fazer frente à despesa pública de modo geral.

Diante disso, percebe-se que a utilização de impostos em favor dos bens ambientais fica dificultada no ordenamento jurídico brasileiro porque o produto da arrecadação não pode ser destinado, afetado, a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal, muito menos a entidades privadas com finalidades de interesse público. Não podem, portanto, financiar a proteção ambiental.

Diferentemente dos impostos, as taxas estão vinculadas a uma contraprestação estatal e poderão ser instituídas pela utilização efetiva ou em potencial de um serviço, ou ainda pela realização de fiscalização, sendo por isso denominada de taxa de serviço ou taxa de polícia. As taxas são tributos que auxiliam o financiamento do Estado para a realização dos objetivos constitucionais a ele conferidos, resultando na satisfação indireta do estado social.

Nos impostos o contribuinte paga o tributo sem esperar uma contraprestação, enquanto que as taxas não têm natureza redistributiva, exigindo que a quantificação observe o ato estatal, a cobertura do seu custo ou a compensação pelo benefício que trouxe ao indivíduo.

²⁹ BRITO, Juliano. **Tributação ambiental**, p. 75.

Por sua vez, a contribuição de melhoria, conceituada no artigo 81 do CTN, está diretamente ligada a uma contraprestação estatal, da mesma forma que as taxas, porém relacionada ao custeio de uma determinada obra ou financiamento do Estado na realização dos objetivos constitucionais.

Até o momento atual, não há como falar em imposto ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, pois ausente tal previsão na Constituição Federal.

Porém há possibilidade de se falar em “taxas ambientais”, proposta principal deste trabalho, como forma possível de tutelar o meio ambiente, o que será analisado a seguir.

3. TAXA AMBIENTAL

No momento em que a história mundial passou à se importar com os direitos humanos, principalmente após os horrores da Segunda Guerra Mundial, o exercício dos direitos passou a se compatibilizar com os anseios da comunidade. Diante disso, a tributação passou a refletir uma contraprestação em favor da coletividade, com uma melhor redistribuição dos recursos. Surgiu, então, a teoria da capacidade contributiva.

Segundo Castro³⁰, ao longo da história é possível identificar três momentos distintos de critérios utilizados para a tributação: princípio da captação, princípio da equivalência e princípio da capacidade contributiva.

No Brasil, a Constituição de 1988 mescla os ideais liberal e social, porquanto há princípios assistencialistas conjugados com princípios de livre mercado. A capacidade contributiva está expressamente prevista como princípio de justiça fiscal, graduando as espécies tributárias de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

Porém, no âmbito das taxas, a aplicação desse princípio causa grave incongruência, pois não possuem estrutura natural apta a compatibilizar-se com tal princípio.

O sacrifício do princípio da capacidade econômica deve ser proporcionado por um controle triplo: idoneidade dos tributos ou elementos tributários ambientais para alcançar seu objetivo, constituindo um incentivo para a proteção ao meio ambiente; necessidade de lesão mínima, evidenciada pela ausência de outras medidas igualmente eficazes para fins de proteção ambiental

³⁰ CASTRO, João Pedro Almeida Viveiros de. Novos olhares sobre o princípio da capacidade contributiva. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v.21, n.112, p. 85-119, set./out. 2013, p. 85.

com menor incidência sobre o direito dos interessados; controle de proporcionalidade mediante ponderação entre os benefícios ambientais e a lesão sofrida pelo princípio da capacidade econômica.³¹

José Marcos Domingos de Oliveira³² destaca que no campo das taxas, parecem admissíveis como fatos geradores o licenciamento, a fiscalização e a limpeza ou recuperação ambientais, servindo como base de cálculo o custo dos serviços de licenciamento e fiscalização, e o custo da limpeza ou recuperação correlacionável com volume de emissões, despejos ou produção de resíduos poluidores.

O conceito de taxa não é consensual, embora a doutrina conclua que é devida ao Estado como contrapartida por um serviço essencial prestado ao particular.

A Constituição Brasileira, no artigo 145, II, estabelece que União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão instituir taxas, “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

O mesmo conceito é trazido pelo CTN, no artigo 77:

As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Assim, tem-se que a taxa é uma espécie de tributo vinculada à uma prestação estatal. Essa prestação estatal, segundo doutrinadores tributários, deve ser relativa ao sujeito passivo individual, e não à coletividade em geral, sendo que o serviço público deve ser específico e divisível.³³

É a chamada noção da referibilidade direta das taxas, segundo a qual, para ser possível a instituição de uma taxa, deve haver relação direta entre a atuação estatal e o obrigado ao seu pagamento.

No entanto, o reconhecimento absoluto de tal situação implicaria na impossibilidade de

³¹ HERRERA MOLINA, Pedro Miguel. **Tributos ambientales. Derecho Tributario Ambiental** (Environmental tax law). La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario. Madrid: Coedición del Ministerio de Medio Ambiente y de la Editorial Marcial Pons, 2000, p. 163 (tradução nossa).

³² OLIVEIRA, José Marcos Domingos de. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar: 1999, p. 72.

³³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 33ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 436.

instituição de taxas ambientais, porquanto a atuação estatal da defesa do meio ambiente visa, acima de um direito individual, proteger um direito coletivo. E não um direito coletivo qualquer, mas um direito fundamental reconhecido constitucionalmente.

A atuação estatal, nesse caso, não se amolda apenas ao indivíduo, mas exige uma contraprestação em favor da coletividade.

Os doutrinadores tributários defendem que o critério individual das taxas visa coibir a cobrança de um preço que ultrapasse o benefício proporcionado pela administração, o que geraria sacrifício dos sujeitos passivos em prol da comunidade.

Por outro lado, há consensualidade no sentido de que enquanto tributo, a taxa serve como instrumento jurídico apto a auxiliar o Estado no cumprimento de seus deveres e objetivos, uma vez que pode ser utilizada tanto para a obtenção de recursos financeiros (fins fiscais), quanto para o atingimento de resultados econômicos, sociais ou políticos (fins extrafiscais).³⁴

Carvalho³⁵ conceitua taxa como sendo

[...] tributos que se caracterizam por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificadamente dirigida ao contribuinte. Nisso diferem dos impostos, e a análise de suas bases de cálculo deverá exibir forçosamente a medida da intensidade da participação do Estado.

Para Aliomar Baleeiro³⁶ taxa “é a contraprestação de serviço público, ou de benefício feito, posto à disposição, ou custeado pelo Estado, em favor de quem a paga, ou se este, por sua atividade, provocou a necessidade de criar-se aquele serviço público”.

A Ministra Carmem Lúcia, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 554.951-SP³⁷, efetuou o seguinte conceito de taxa:

Diga-se, aliás, que no cálculo da taxa, não há como se exigir correspondência precisa com o valor despendido na prestação do serviço, ou, ainda, a adoção de fatores exclusivamente vinculados ao seu custo. O que a Constituição reclama é a ausência de completa identidade com a base de cálculo própria dos impostos e que, em seu cálculo, se verifique uma equivalência razoável entre o valor pago pelo contribuinte e o custo individual do serviço que lhe é prestado.

³⁴ SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito**, p. 167.

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, p. 38-39.

³⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 244.

³⁷ STF. RE 554951, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 18-11-2013 PUBLIC 19-11-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

Prega-se, assim, que o fato gerador da taxa não deve ser o exercício de atividade nociva ao meio ambiente, mas sim o exercício regular do poder de polícia prestado pelo Poder Público, para o controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais.

Diante disso, pode-se definir taxa como sendo a espécie tributária típica cuja obrigação tem por fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

As taxas têm como pressuposto a contraprestação ao Estado de uma atividade ou serviço praticado a favor ou disponibilizado ao contribuinte e se sustentam na ideia proveniente da teoria da equivalência, segundo a qual o contribuinte deve arcar com os gastos públicos, tendo em conta a utilidade que lhe deriva das prestações do Estado.

E essa atuação estatal pode consistir em um serviço público ou em um ato de polícia, direcionado, inclusive, a proteger um bem coletivo e um direito fundamental, como a proteção ao meio ambiente.

Por isso que se entende que a tributação mais fácil de concretizar de forma direcionada aos bens ambientais é através da instituição de taxas.

A taxa pode ter seu fato gerador vinculado a uma variável ambiental, como, por exemplo, a utilização de serviços em parques ecológicos administrados pelo Poder Público, ou a remuneração da atividade administrativa desenvolvida pelo Poder Público no licenciamento ambiental de alguma atividade potencialmente poluidora.³⁸

Ela reflete um ideal econômico liberal, na medida em que está associada à imagem do indivíduo, pagando o preço de um bem porque deste bem extrai uma utilidade.³⁹

No campo do direito ambiental, esse tributo vem sendo analisado por duas perspectivas: por um lado significa um meio para responsabilizar o contaminador financeiramente; por outro fixa um preço por sua atividade impondo um peso econômico ao responsável pelo custo ecológico.

Os fundamentos do direito ambiental nos oferecem as seguintes diretrizes para a configuração de medidas tributárias ecológicas: a Constituição não nos obriga a estabelecê-las, mas

³⁸ BRITO, Juliano. **Tributação ambiental**, p. 100.

³⁹ BORGES, Felipe Garcia Lisboa; MERLIN, Lise Vieira da Costa Tupiassu. Taxas: equivalência e igualdade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v.22, n.119, p. 33-46, nov./dez. 2014, p. 34.

oferece um fundamento suficiente para isto através do dever constitucional de proteger o meio ambiente; os tributos podem atuar na zona de contaminação tolerada, mas indesejável; a titularidade dos bens ambientais não deve constituir uma nota determinante para o estabelecimento de tributos ambientais, dado que se baseiam na vinculação dos bens ao interesse ambiental; a configuração do tributo ambiental deve estar estreitamente relacionada com a origem da contaminação que se quer combater.⁴⁰

A chave está em considerar que os bens ambientais, independente de sua titularidade, estão vinculados a fins de preservação que garantem seu desfrute pelas futuras gerações.

Nenhum princípio constitucional exclui a quantificação das taxas de acordo com as finalidades do ordenamento. O limite do custo do serviço tem respaldo nos princípios da igualdade e proporcionalidade, porém podem ceder frente a outras finalidades com relevância constitucional sempre que se realize o controle de proporcionalidade.

Assim, conclui-se que o importe e o cálculo do custo das taxas pelo uso de bens ambientais tem como limite o custo médio para evitar a deterioração ambiental.

No tocante às taxas ecológicas, a jurista portuguesa Claudia Alexandra Dias Soares se posiciona pela sua maior eficácia como tributo direcionado à proteção ambiental e como forma de possibilitar a implementação de políticas ambientais. A autora as classifica em cinco espécies: taxas sobre a poluição, taxas administrativas *lato sensu*, taxas sobre os produtos, taxas devidas por licenças e taxas devidas pela utilização do domínio público.⁴¹

A análise das taxas ambientais deve ser realizada diante da conclusão de que a proteção ao meio ambiente se constitui em direito fundamental de âmbito constitucional.

As taxas podem ter finalidade iniciativa (mudança de comportamentos), financeira (produzir receitas a serem utilizadas na antipoluição) ou para alimentar o orçamento geral, pois tem como princípio o reconhecimento de que quem protege o meio ambiente natural está prestando um serviço ao planeta e, por isso, pode ser remunerado.

Sobre o caráter compulsório da taxa, Roberto Ferraz⁴² salienta que a taxa:

⁴⁰ HERRERA MOLINA, Pedro Miguel. **Derecho tributario ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributário**, p. 53 (tradução nossa).

⁴¹ SOARES, Claudia Alexandra Dias. **O imposto ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente**, p. 167.

⁴² FERRAZ, Roberto. **Taxa: instrumento de sustentabilidade**, p. 185.

[...] caracteriza-se pela compulsoriedade tanto no tocante à fruição ou sofrimento do serviço público específico e divisível especificamente prestado ao contribuinte, ou apenas posto a sua disposição, querendo dizer essa expressão que o serviço é obrigatório, isto é, que será prestado pelo Estado independentemente da vontade do cidadão por ele atendido. Igualmente nas taxas pelo exercício do poder de polícia, em que há fiscalização (efetiva ou potencial real) e não serviço, a compulsoriedade é a mesma, queira o contribuinte ou não ficará sujeito à fiscalização e consequentemente ao pagamento da taxa correspondente.

Em ambos os casos há identidade de estrutura na definição do porquê se haverá de pagar a taxa, ou seja, porque o Estado assim decidiu no exercício de seu poder de estabelecer a política de limitação à liberdade do cidadão ou de imposição de serviço.

Por isso que a taxa possui natureza compulsória, em função da decisão do Estado de estabelecer a política de limitação da liberdade individual ou sobre a imposição de atividade ou serviço.

Esse caráter constitui a taxa como meio para viabilizar atividades essenciais ao bem comum, como as práticas de proteção ambiental.

Há opiniões divergentes, no sentido de que a taxa estaria imbuída de caráter contraprestacional e remuneratório do custo da prestação do serviço público específico e divisível ou com a atividade que reflita o poder de polícia, tal como defende Estevão Horvarth. Não poderia, portanto, ser utilizada para fins de estímulo de condutas.⁴³

Porém, mesmo respeitando a razoabilidade entre o valor exigido a título de taxa e a despesa da atuação estatal, a taxa admite um aspecto extrafiscal, tal como defende Luiz Alberto Pereira Filho: “o legislador poderá, no entanto, instituir taxa com o intuito de desestimular determinado comportamento do sujeito passivo”.⁴⁴

Diante desse estudo, percebe-se o caráter extrafiscal da espécie tributária denominada “taxa”, bem como a possibilidade concreta de ser utilizada para fins de proteção ambiental, amoldando-se como fonte de recursos para possibilitar o alcance do Estado no cumprimento de seu dever constitucional de proteger o meio ambiente, mantendo-o equilibrado para a presente e as futuras gerações.

Para tanto, como vimos acima, há necessidade de se relativizar o direito tributário e seus princípios, conjugando-o de forma ponderada com os princípios ambientais para possibilitar a

⁴³ HORVARTH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 95.

⁴⁴ PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. **As taxas no sistema tributário brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 59.

preservação do meio ambiente.

A partir do momento em que há uma conscientização da necessidade de se resguardar os bens ambientais como pressuposto essencial à preservação da vida humana no planeta, conferindo ao meio ambiente o status de direito fundamental constitucional, a relativização do direito tributário é certa para possibilitar a instituição de taxas ambientais como forma de propiciar ao Estado a consecução do fim ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mudanças nas políticas públicas precisam ocorrer, de forma efetiva e interessada em conduzir transformações sociais ajustadas a ações preventivas e protetivas do meio ambiente.

A preocupação com problemas ecológicos introduz uma mudança na visão de mundo por parte da sociedade mundial e surge um novo paradigma de desenvolvimento em que a ética social induz a mudança de comportamento perante a natureza.

Com a valorização da natureza dá-se mais importância ao planejamento das cidades e impulsiona interesses em determinar a efetivação de uma política pública ambiental tributária extrafiscal.

A solidariedade coletiva constitui o fundamento jurídico da proteção ambiental e do dever de contribuir ao sustento dos gastos públicos, inclusive por meio de tributos ambientais.

As políticas ambientais devem se valer mais incisivamente dos instrumentos tributários e econômico-financeiros, com o objetivo primordial de incentivar a observância de seus princípios e preceitos, preferencialmente no âmbito da prevenção.

O êxito e a efetividade da proteção ambiental dependem da associação de medidas de desestímulo à degradação ambiental e de medidas de incentivo à prevenção, calcadas em atrativos econômico-financeiros.

Esse fundamento, aliado à extrafiscalidade dos tributos, faz com que os princípios de direito tributário sejam relativizados e ponderados de forma conjunta com os princípios ambientais, de forma a propiciar ao Estado a promoção e execução de seu dever de proteção ambiental, garantia e direito fundamental previsto constitucionalmente.

As taxas ambientais surgem, então, como uma alternativa possível e eficaz para promover a

obtenção de recursos financeiros pelo Poder Público, necessários para colocar em prática seu dever de proteção e de preservação do meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Fateso, 1993. Disponível em: <www.iedf.org.mx/sites/DDHH/publicaciones/01.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

ALTAMIRANO, Alejandro C. El derecho tributário ante la constitucionalización del derecho a um medio ambiente sano. In: TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 445-525.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo , v.100, n.908, p. 173-202, jun. 2011.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972.

BORGES, Felipe Garcia Lisboa; MERLIN, Lise Vieira da Costa Tupiassu. Taxas: equivalência e igualdade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo , v.22, n.119, p. 33-46, nov./dez. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Senado Federal, 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 554951, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 18-11-2013 PUBLIC 19-11-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRITO, Juliano. **Tributação ambiental**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

BURSZTYN, Maria Augusta. BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTRO, João Pedro Almeida Viveiros de. Novos olhares sobre o princípio da capacidade contributiva. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo , v.21, n.112, p. 85-119, set./out. 2013.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312-332.

FERRAZ, Roberto. **Taxa: instrumento de sustentabilidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GAGO RODRÍGUEZ, Alberto e LABANDEIRA VILLOT, Xavier. **La Reforma Fiscal Verde: teoría y práctica de los impuestos ambientales**. Madrid: Mundi Prensa, 1999.

GONZALES, Saturnina Moreno. Los impuestos propios de carácter medioambiental desde la perspectiva comunitaria. **Quincena Fiscal**, n. 22, 2013, p. 117-162.

HERRERA MOLINA, Pedro Miguel. **Derecho tributario ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____, Pedro Miguel. **Tributos ambientales. Derecho Tributario Ambiental** (Environmental tax law). La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario. Madrid: Coedición del Ministerio de Medio Ambiente y de la Editorial Marcial Pons, 2000.

HORVARTH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 33ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MARCOS, Patrícia Rossi. A tributação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte , v.12, n.71, p. 71-78, set./out. 2013.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2003.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. **As taxas no sistema tributário brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2002.

PORTELLA, André. Conceito de tributo no direito comparado: Brasil e Espanha. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo , v.19, n.101, p. 141-167, nov./dez. 2011.

ROSEMBUJ, Tulio. **Los tributos y la protección del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o icms ecológico. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, RT v.38, abr. 2005, p. 99-120.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Claudia Alexandra Dias. **O imposto ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos econômicos de defesa do ambiente**. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

SOUZA FILHO, Vano Sérgio Reis de. Tributação ambiental: a possibilidade da cobrança de tributos visando à defesa do meio ambiente. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Sao Paulo: RT, ano 20, p. 322-346, mar./abr. 2011.

TABOADA, Carlos Palao. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidade económica. In: TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79-95.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Marcelo Pizolati¹

Eduardo Mattos Gallo Júnior²

INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental está alicerçado em princípios previstos na Constituição Federal, dentre eles o da precaução.

De fato, “os princípios constituem as ideias centrais de um determinado sistema jurídico. São eles que dão ao sistema jurídico um sentido lógico, racional, harmônico e coerente”³, auxiliando na interpretação e aplicação das normas ambientais e na integração das lacunas da lei.

O princípio da precaução ganhou importância nas últimas décadas, em face dos novos riscos tecnológicos ou ambientais decorrentes do desenvolvimento⁴, acerca do que conhecimento científico é, muitas vezes, limitado e incerto, havendo a possibilidade de danos elevados ou irreversíveis (juízo de verossimilhança).

Na medida em que a Constituição Federal estabelece o direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (art. 225)⁵, compete ao Estado e à sociedade adotarem uma nova postura em relação às questões ambientais, especificamente no tocante às medidas que possam obstar o início de atividade potencialmente lesiva.

Ulrich Beck⁶ observa que a humanidade vive em uma sociedade de risco, decorrente do atual modelo econômico da sociedade industrial, asseverando que “A acumulação de riscos – ecológicos,

¹ Mestre e Doutorando pela Univali. Juiz de Direito Estadual. marcelopizolati@tjsc.jus.br. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

² Mestre e Doutorando pela Univali. Desembargador. egallo@tjsc.jus.br. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

³ MIRRA. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo, 1996, p.102.

⁴ “Ou seja, a degradação ambiental e, conseqüentemente, a escalada de riscos ambientais resulta de um fenômeno produzido pela intervenção humana na Natureza, tudo isso aliado ao crescente potencial tecnológico de que se serve o ser humano para inverter a relação de forças entre a sociedade e Natureza.” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99).

⁵ Édis Milaré assegura o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como Direito Fundamental da pessoa humana, elevando-o à categoria de “cláusula pétrea” (MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136.)

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 361.

financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais – que tem uma presença esmagadora hoje em nosso mundo”.

Nestes termos, o princípio da precaução vem a ser um fundamental mecanismo de proteção quando houver motivo justificado para concluir que determinada atividade pode causar efeitos potencialmente perigosos para o meio ambiente, ensejando a adoção de medida antecipada.

Pretende-se, neste artigo, discutir o conceito, a aplicabilidade do princípio da precaução e seu reflexo no encargo probatório nas demandas que versem sobre Direito Ambiental.

O método eleito para a produção deste estudo é o indutivo, a coleta de dados se deu pelo método cartesiano e a técnica de investigação utilizada foi a pesquisa na literatura disponível na rede mundial de computadores e em obras impressas.

1. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A Constituição Federal consagrou o princípio da precaução ao prever que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, § 1º, V).

O art. 4º, I, IV, da Lei n. 6.938/81, que tem por escopo compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, assim como dos seus recursos, reconhece o princípio da precaução como um dos principais orientadores das políticas ambientais e elemento estruturante do Direito Ambiental.

Bem por isso, referida Lei de Política Nacional do Meio Ambiente impõe a “avaliação dos impactos ambientais” (art. 9, III) como requisito para a instalação de qualquer atividade industrial⁷.

A Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/05), por sua vez, tem como diretrizes o avanço científico, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, bem como a observância do princípio da precaução.

⁷ O Estudo de Impacto Ambiental indica a extensão ou magnitude do impacto, bem como o grau de resersibilidade ou sua irreversibilidade.

O princípio da precaução parte do pressuposto de que se deve prevenir, isto é, evitar qualquer mal ao meio ambiente por meio de medidas antecipadas.

Esse princípio encontra-se consagrado⁸ em diversas conferências e tratados internacionais⁹, como na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 (Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento), cujo princípio 15 define o seguinte:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis sobre o ambiente, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para adiar medidas de custo – eficazes para prevenir a degradação ambiental.

Com efeito, por meio deste princípio, a poluição deve ser combatida desde o início, mesmo na hipótese de mero risco, não podendo a política ambiental limitar-se à eliminação ou à redução da já existente. Trata-se de uma importante regra na regulação dos riscos ambientais.

Por isso, o princípio da precaução é fundamental para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a que se refere o art. 225 da CF, visando promover a equidade e a adoção de medidas que impeçam impactos nocivos por parte de determinadas atividades, garantindo não apenas a sobrevivência das futuras gerações, como também da atual¹⁰.

Paulo Affonso Leme Machado¹¹, citando o jurista Jean-Marc Lavielle, lembra que “o princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar”.

Portanto, o princípio da precaução, que pode ser considerado como estratégia de gestão de riscos, tem por escopo evitar danos futuros e, vale dizer, visa agir de forma antecipada diante do risco ou do perigo de dano ambiental que possa resultar das ações ou omissões humanas¹². São

⁸ José Afonso da Silva observa que a Declaração de Estocolmo de 1972 “abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados.” (SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67)

⁹ O Brasil assinou, ratificou e promulgou duas convenções internacionais que reconheceram o princípio da precaução: Convenção da Diversidade Biológica (assinada no Rio de Janeiro em 05.06.1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 2, de 03.02.1994) e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (assinada em Nova York em 09.05.1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 1 de 03.02.1994).

¹⁰ A preocupação da geração atual não deve ser de apenas garantir às futuras gerações a mesma quantidade de bens e recursos ambientais. A insuficiência deste objetivo é manifesta, isso porque a irresponsabilidade do ser humano gerou um desenvolvimento historicamente insustentável e já levou a atual geração à beira do colapso pela manifesta limitação de muitos bens primordiais para a vida plena. (CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012, p. 114.)

¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.

¹² O Estudo Prévio de Impacto Ambiental vem a ser instrumento imprescindível, diante da incerteza do dano.

riscos potenciais ou hipotéticos que se pretende limitar, no caso de perigo ambiental e incerteza científica¹³, quanto aos efeitos provocados por determinada atividade, atuando, pois, de forma preventiva e não reparadora.

Paulo Affonso Leme Machado¹⁴ explica que se os riscos não podem ser excluídos, podem ser mitigados por meio do princípio da precaução:

Controlar o risco é não aceitar qualquer risco. Há riscos inaceitáveis, como aquele que coloca em perigo os valores constitucionais protegidos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, os processos ecológicos essenciais, o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a diversidade e a integridade do patrimônio biológico – incluído o genético – e a função ecológica da fauna e da flora. Repita-se que o princípio da precaução é uma ferramenta para evitar o dano ambiental e implantar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e a sadia qualidade de vida.

Para Cristine Derani¹⁵:

O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.

Logo, o princípio da precaução age ainda que inexista certeza sobre a natureza do dano que se pretende evitar ou mesmo sobre a adequação da medida a ser utilizada. Em outras palavras, incide não obstante haja dúvida ou incerteza científica do dano ambiental, vedado ao Poder Público permanecer inerte ou omissor¹⁶.

Édis Milaré¹⁷ é taxativo ao afirmar que:

A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a

¹³ Canotilho destaca que “a falta de certeza científica absoluta não desvincula o Estado do dever de assumir a responsabilidade de proteção ambiental e ecológica, reformando os standards de precaução e prevenção de agressões e danos ambientais. Se é uma utopia pretender com o Princípio da Precaução um ‘grau zero’ de risco ambiental, já é razoável assumir, a nível normativo – desde logo normativo-constitucional –, a necessidade de as ‘ignorâncias tecnológicas’ e dos ‘slogans políticos’ darem origem a regras densificadoras das ‘ciências incertas’”. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos (Portugal), v. VIII, n. 13. p. 17, 2010.)

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103.

¹⁵ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2020, p. 167.

¹⁶ Juarez Freitas adverte acerca da responsabilidade do Estado na hipótese de omissão, afirmando que “a inobservância desse dever também configura, ou, ao menos, tem o condão de configurar, omissão antijurídica, específica, certa e anômala. Com efeito, à semelhança do que sucede com a ausência de prevenção exigível, a falta ou falha de precaução pode gerar dano (material e/ou moral) injusto e, portanto, indenizável, embora dispendiosamente absorvido pela castigada massa dos contribuintes.”. (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte, 2016, p. 300).

¹⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 263-266.

saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.

A bem ver, tal princípio enfrenta a incerteza dos saberes científicos em si mesmos. Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, situados no campo das possibilidades, e não necessariamente de posicionamentos científicos claros e conclusivos. Procura instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias, de forma a diminuir os custos da experimentação. É recorrente sua invocação, por exemplo, quando se discutem questões como o aquecimento global, a engenharia genética e os organismos geneticamente modificados, a clonagem, a exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase.

[...] Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado.

Trata-se de um postulado umbilicalmente relacionado com o princípio *in dubio pro ambiente*, pois, mesmo havendo falta de certeza científica, decide-se a favor do meio ambiente.

José Rubens Morato Leite¹⁸ anota que:

Com efeito, esse princípio reforça a regra de que as agressões ao ambiente, uma vez consumadas, são, normalmente, de reparação difícil, incerta e custosa, e pressupõem uma conduta genérica *in dubio pro ambiente*. Isso significa que o ambiente prevalece sobre uma atividade de perigo ou risco e as emissões poluentes devem ser reduzidas, mesmo que não haja certeza da prova científica sobre o liame de causalidade e os seus efeitos. Assim, devem-se considerar não só os riscos ambientais iminentes, mas também os perigos futuros provenientes de atividades humanas e que, eventualmente, possam vir a comprometer a relação intergeracional e de sustentabilidade ambiental. Registra-se que o princípio *in dubio pro ambiente* não é absoluto, pois deverá sempre ser otimizado com os demais princípios e as regras colidentes, e, ainda, conforme as especificidades do caso concreto, devendo-se agir sempre com ponderação.

Os princípios da prevenção e da precaução não se confundem e divergem¹⁹, na medida em que o primeiro visa prevenir contra danos possíveis de serem previstos, enquanto que o segundo objetiva a prevenção contra danos que não se tem certeza de que vão ocorrer. Ambos pretendem evitar ou mitigar a ocorrência do dano ambiental, mas se diferenciam na medida em que a prevenção incide quando o dano for conhecido e real, enquanto que na precaução temos um dano em potencial (risco).

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210-211.

¹⁹ Marcelo Buzaglo Dantas alerta acerca dos efeitos causados pela confusão entre os princípios: “Este equívoco acaba por gerar duas graves consequências. A primeira consiste em se pretender uma abstenção baseada em uma certeza que não existe, já que, se a atividade está sob licenciamento, é porque os impasses ambientais são previsíveis. A segunda implica contribuir para um ‘esvaziamento de sentido do princípio da precaução.’”. (DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 94-95.).

José Rubens Morato Leite²⁰ explica a diferença entre os dois princípios:

Segundo Kiss, a diferença entre os princípios da prevenção e da precaução está na avaliação do risco ao meio ambiente. A precaução surge quando o risco é alto, sendo que o princípio deve ser acionado nos casos em que a atividade pode resultar em degradação irreversível, ou por longo período, do meio ambiente, assim como nas hipóteses em que os benefícios derivados das atividades particulares são desproporcionais ao impacto negativo ao meio ambiente. Já a prevenção constitui o ponto inicial para alargar o Direito Ambiental e, especificamente, o Direito Ambiental Internacional. A maioria das convenções internacionais é fundamentada no princípio de que a degradação ambiental deve ser prevenida através de medidas de combate à poluição, em vez de esperar que esta ocorra para tentar combater os seus efeitos.

Por outro lado, reconhecido que o princípio da precaução tem função antecipatória e inibitória em relação ao risco abstrato, muitas vezes imensurável e de difícil previsão²¹, não se pode olvidar que sua aplicabilidade não é absoluta e demanda uso de bom senso e a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Com efeito, o princípio em tela deve ser aplicado de forma motivada, partindo da premissa de que há indícios de que a atividade potencialmente poluidora possa gerar danos ao meio ambiente e, quando necessário, à proteção ambiental, de forma a não paralisar o Estado com a mera suspeita de que determinada atividade possa ensejar riscos.

Marcelo Buzaglo Dantas²² adverte:

É necessário, porém, ter muita cautela para evitar distorções indesejáveis, que devem ser rechaçadas. A primeira delas diz com a indevida utilização do princípio quando o que está em jogo no litígio é uma atividade devidamente licenciada pelo Poder Público. Nestes casos, o princípio que deve ser invocado é o da prevenção, que se diferencia do da precaução pelo fato de que nos casos em que aquele é utilizado se sabe qual o alcance dos impactos ambientais. Não há incerteza científica, como na precaução, mas previsibilidade. Logo, são princípios distintos e distinta é sua aplicação.

Há de ser aplicado de forma técnica, racional, para que decisões discriminatórias e que impeçam o desenvolvimento econômico não sejam tomadas, somente incidindo de acordo com determinados parâmetros, na hipótese em que a ciência não puder concluir pelo afastamento do perigo.

Isto porque, como o princípio da precaução é aplicável somente quando há “incerteza

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207.

²¹ Juarez Freitas indica que, ao aplicar o princípio da precaução, o Poder Público age na presunção de que a interrupção proporcional e provisória do nexo de causalidade consubstancial é uma atitude mais vantajosa do que a resultante da liberação do liame de causalidade. (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte, 2016, p. 302).

²² DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 93.

científica”²³, a tomada de decisões deve considerar o risco ou perigo apontados, seguindo de avaliação dos custos com a medida de proteção sugerida²⁴.

Por isto, o princípio em questão deve incidir com prudência, cautela e sem exagero, evitando uma espécie de extremismo ambiental a obstar o desenvolvimento sustentável²⁵. Ora, a sua aplicabilidade deve ser analisada de forma a firmar um equilíbrio entre, de um lado, os direitos dos indivíduos, empresas e organizações, em busca do desenvolvimento sustentável, e, de outro, a necessidade reduzir riscos ao meio ambiente²⁶.

Neste sentido, a lição de Marcelo Buzaglo Dantas²⁷:

De fato, embora não se exija absoluta certeza científica quanto aos eventuais danos ao meio ambiente, é fundamental que se demonstre no mínimo algum indício de que a atividade pretendida seja potencialmente causadora de alguma degradação ambiental. Não basta a mera alegação, imotivada, desarrazoada ou despropositada. É fundamental apontar, ainda que em tese, a existência de risco de dano ao meio ambiente. Do contrário, a incidência do princípio é de ser afastada, sob pena de se permitirem distorções que impeçam a realização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Enfim, o princípio da precaução enseja a análise de riscos hipotéticos e incertos, de modo que sua aplicação deva ser a mais precisa possível, motivada, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, da não discriminação e da utilização de coerência, além da avaliação dos custos e benefícios da ação ou omissão e da evolução científica, sem olvidar da segurança jurídica.

Logo, em havendo certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido (princípio da prevenção). Já em caso de dúvida científica acerca da atividade a ser exercida, o princípio da precaução deve incidir para afastar qualquer perigo de ofensa ao meio ambiente e,

²³ Paulo Affonso Leme Machado anota que “com a expressão ‘incerteza da Ciência’ faz-se alusão a várias formas de indeterminação do saber no campo científico: a complexidade do conhecimento, a falta ou insuficiência de dados, a imprevisibilidade do êxito, o caráter casual das previsões em muitos setores da pesquisa da natureza. Ao procurar-se a comunidade científica nas questões de Ciências que precisam de regulamentação normativa, muitos não se posicionarão de uma forma certa e unívoca, mas poderá haver uma variedade de teses diferentes ou parcialmente divergentes.”. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104).

²⁴ O Supremo Tribunal Federal, no **RE 627189/SP**, Rel. Min. Dias Tóffoli, DJe de 31.03.17, delimitou a aplicabilidade do Princípio da Precaução.

²⁵ Segundo Fiorillo: “O princípio de desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje a nossa disposição.”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.102.)

²⁶ Marcelo Buzaglo Dantas reconhece que “não se pode pretender que a aplicação do princípio em apreço tenha por escopo eliminar por completo os impactos ambientais causados pela atividade econômica.”. (DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 93.).

²⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 98.

consequentemente, à sociedade (in dubio pro salute ou in dubio pro natura).

2. PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL

A prova consiste na demonstração, em juízo, dos fatos em discussão, ou seja, na reprodução dos acontecimentos sobre os quais o juiz proferirá sua decisão.

Acerca do tema, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁸ trazem o seguinte:

Como mostra PROTO PISANI, a palavra prova, não apenas no processo, mas também em outros ramos da ciência, pode assumir diferentes conotações. Pode significar os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, quando se pode falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode representar o procedimento por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo – esse é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a ideia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução, na mente de PROTO PISANI). E, finalmente, tem-se como prova ainda o resultado da atividade lógica do conhecimento.

Assim, a prova tem por objetivo permitir a formação da convicção pelo juiz quanto à existência dos fatos em discussão. Vicente Greco Filho²⁹ anota que “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz”.

Quanto ao ônus da prova, que vem a ser regra de julgamento, o art. 373 do CPC prevê que compete ao autor provar fato constitutivo do seu direito, e ao réu fato impeditivo, modificativo do direito do autor. Logo, ao juiz compete proferir julgamento contrário àquele que tinha o encargo e dele não se desincumbiu.

Com efeito, o princípio da precaução tem reflexo na prova produzida nas ações que versam sobre Direito Ambiental.

Isto porque o Direito Processual deve ser adequado às características e necessidades do direito material a ser protegido (efetiva proteção ao meio ambiente).

Por isso, o Direito Ambiental impõe dinâmica diversa do ônus da prova, não cabendo a regra geral de que o ônus da prova do fato constitutivo compete ao autor.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

²⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 2, p. 182.

Logo, o ônus da prova de que a atividade não é lesiva ao meio ambiente incumbe ao potencial poluidor, sendo que no caso de dúvida a decisão será a favor do ambiente.

Cuidando do tema, Marcelo Abelha³⁰ esclarece:

No caso da ação de responsabilidade civil ambiental, o que se tem é a técnica de inversão do ônus da prova no processo civil por aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, do CDC c/c art. 117 do mesmo diploma. No segundo caso, quando se trata de incerteza científica da atividade supostamente poluidora, é o princípio da precaução ambiental que determina que cabe ao suposto poluidor a prova de que não há risco de poluição.

Com isso queremos dizer que é regra de direito material, vinculada ao princípio da precaução, a que determina que, em toda ação de responsabilidade civil ambiental onde a existência do dano esteja vinculada a uma incerteza científica (hipossuficiência científica), o ônus de prova que os danos advindos ao meio ambiente não são do suposto poluidor a este cabe, de modo que a dúvida é sempre em prol do meio ambiente. Não se trata de técnica processual de inversão, mas de regra principiológica do próprio direito ambiental e como tal já é conhecida pelo suposto poluidor desde que assumiu o risco da atividade.

Há, pois, inversão do encargo probatório na medida em que não mais cabe ao titular do Direito Ambiental provar os efeitos negativos do empreendimento; o empreendedor é que deve comprovar que está atuando de acordo com as normas ambientais e que sua atividade não é potencialmente degradadora à saúde pública ou ao meio ambiente. Se esta demonstração não for feita, a atividade não poderá ser implementada.

Consequentemente, na hipótese de dúvida em relação à viabilidade da atividade, o princípio da precaução incidirá para evitar o dano ambiental³¹.

Nem poderia ser diferente, como muito bem observa Paulo Affonso Leme Machado³²:

Jean Malafosse diz que ‘a dúvida aproveita o poluído. O princípio da precaução traduz-se por uma inversão do ônus da prova em proveito da proteção ao meio ambiente. Cita Christian Huglo, que afirma: ‘Quando a prova da inocuidade de uma substância não é demonstrada, é necessário abster-se de agir’. Sérgio Marchisio afirma que ‘o princípio da precaução emergiu nos últimos anos como um instrumento de política ambiental baseado na inversão do ônus da prova: para não adotar medida preventiva ou corretiva é necessário demonstrar que certa atividade não danifica seriamente o ambiente e que essa atividade não causa dano irreversível.

³⁰ ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 217-219.

³¹ Gabriel Wedy destaca que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada pelo Poder Judiciário e pelo administrador público de forma proporcional, não exigindo a produção de prova diabólica, pois a busca do risco zero é uma utopia e os empreendimentos não podem ser inviabilizados. (WEDY, Gabriel. **O princípio da precaução e a inversão do ônus da prova**. 19 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/ambiente-juridico-principio-precaucao-inversao-onus-prova>>. Acesso em: 26 fev. 2017.).

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 114.

Nestes termos, nas ações que têm por escopo a proteção do meio ambiente, o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a inversão do ônus da prova³³, inclusive como técnica de facilitação do acesso à justiça³⁴, levando em conta o princípio da precaução e a natureza do bem jurídico protegido (meio ambiente).

É o que se depreende da lição de Vera Lúcia R. S. Jucovsky³⁵ que, ao discorrer sobre o papel do juiz na instrução de ação civil pública ambiental, assevera que o princípio da precaução influi na interpretação das normas jurídicas ambientais e na avaliação da prova:

Nas ações civis públicas ambientais o princípio da precaução se sobressai, mormente no que pertine às medidas jurisdicionais, preventivas e reparatórias, de urgência, contra condutas que atingem ou possam atingir o meio ambiente, por força da necessária prudência e vigilância do Judiciário em relação às atividades que degradam ou possam vir a degradar o entorno, por exemplo, via medidas liminares em ações cautelares, preparatórias ou incidentais, e bem assim antecipações de tutela em sede de ações principais.

Assim, tais medidas judiciais são adotadas não propriamente em face da certeza do dano ambiental, mas pela grande probabilidade desse resultado ou de perigo do mesmo.

O princípio da precaução leva à questão da inversão do ônus da prova, conforme art. 6º. VIII, do CDC, que trata da norma geral processual das relações de consumo, mas que se aplica à Lei da Ação Civil Pública – LACP, por força de seu art. 21.

Apontado mecanismo processual leva à facilitação da defesa do autor da ação ambiental, para a tutela do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, com essa inversão, quando, a critério do magistrado, forem verossímeis as alegações da petição inicial, ou quando for o demandante hipossuficiente (a coletividade perante aqueles que se apresentam como parte mais forte na relação jurídica, ou seja, o poluidor), conforme as regras comuns de experiência.

In casu, o nexo de causalidade é presumido, justamente para obstaculizar o dano, de modo a fazer com que o suposto agente causador do dano ou do perigo de dano ambiental deva se incumbir de demonstrar que da sua conduta não resultou ou não resultará a degradação (nesta, o dano é presumido).

Portanto, não resta dúvida de que o princípio da precaução legitima e pressupõe a inversão do ônus probatório³⁶, competindo ao responsável pela atividade o encargo de demonstrar que sua conduta é inofensiva, que não causou dano ou ensejou riscos para o meio ambiente³⁷.

³³ Em ação ambiental impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução (STJ - REsp 1237893/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 01/10/2013).

³⁴ STJ – REsp 1.454.281/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 09/09/2016.

³⁵ MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, O papel do Judiciário na proteção do Meio Ambiente, p. 581.

³⁶ STJ - AgInt no AREsp 779.250/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2016.

³⁷ Neste sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância

Por outro lado, o art. 373, § 3º, do CPC/15 prevê que as partes podem convencionar de forma distinta a distribuição do ônus da prova.

Acerca disso, Marinoni³⁸ anota o seguinte:

O ônus da prova pode ser distribuído, a princípio, livremente pelas partes. Em outras palavras, as partes podem livremente convencionar sobre o ônus da prova, sem que isso viole a ordem jurídica. Desse modo, nada impede que as partes convencionem desde logo, no plano do direito material, que, caso venha a ocorrer qualquer litígio relativo a contrato, a prova de determinado fato deva ser produzida por este ou aquele contratante. Da mesma forma, se já existe o conflito, ou mesmo se ele já foi levado ao Judiciário, podem as partes estabelecer, de comum acordo, que determinado fato deva ser provado por essa ou aquela parte.

Todavia, tal regra não é aplicável no âmbito do Direito Ambiental na medida em que, face à sua natureza indisponível, não pode ser objeto de convenção³⁹. Com isso, em processo discutindo se determinada atividade é poluidora, caberá ao empreendedor a prova da ausência do nexo de causalidade, vale dizer, demonstrar não ser lesiva ao meio ambiente, não sendo possível, mediante composição, que tal ônus fosse transferido ao autor da ação.

Finalmente, cumpre destacar que a regra da inversão do ônus da prova é aplicável ao princípio da precaução, mas não ao da prevenção, já que neste a pretensão funda-se na certeza científica acerca da atividade supostamente poluidora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu expor o conceito e a aplicabilidade do princípio da precaução, instrumento imprescindível na proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, conforme preceitua a Constituição Federal, e fundamental para evitar, por meio de medidas antecipadas, qualquer ofensa ao meio ambiente.

Trata-se de mecanismo da política de proteção ambiental fundado na inversão do ônus da prova, impondo ao empreendedor o dever de implementar medidas de proteção ao meio ambiente

lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. Em autos de ação civil pública visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.”. AG 5036206-80.2017.4.04.0000, Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. em 24/11/2017.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 486.

³⁹ A propósito: GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 257.

e, ao mesmo tempo, comprovar que tal atividade não o danifica, nem causa dano irreversível.

A inversão do ônus da prova confere eficácia ao princípio da precaução, configurando novo *standard* probatório, privilegiando os pressupostos da sustentabilidade em face da jurisdição verde.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos (Portugal), v. VIII, n. 13. p. 17, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 2.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo**

Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) **Cidadania coletiva.** Florianópolis: Paralelo, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental:** introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WEDY, Gabriel. **O princípio da precaução e a inversão do ônus da prova.** 19 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/ambiente-juridico-principio-precaucao-inversao-onus-prova>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO DE CONTORNOS PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE: UMA RELEITURA DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3540

Luiz Felipe Siegert Schuch¹

INTRODUÇÃO

Início este trabalho imaginando a seguinte situação: um professor está em casa trabalhando em seu escritório quando, pela porta, adentra com o semblante preocupado a filha mais velha e pergunta se teria visto o aparelho celular dela em algum lugar. Responde que não, e ela se despede rapidamente em busca do malsinado equipamento. Essa geração não vive um minuto sem a “máquina do tempo”, pensa o professor. Sim, máquina do tempo, porque ela é capaz tanto de nos fazer ganhar como perder o precioso tempo da vida.

Passam alguns minutos e, saltitante e sorridente, invade o mundo científico do nosso protagonista a filha mais nova para mostrar o aplicativo que baixou no notebook, e que agora permite assistir ali mesmo os desenhos animados de que tanto gosta. Mais uma pausa intempestiva nos estudos. Mas, qual o pai que não para tudo para ouvir suas princesas? Estarão elas eternamente perdoadas.

Retoma então o trabalho. Agora faltou luz. Computador desligado. Banho gelado. O mundo parece que acabou por sessenta longos minutos. Voltou. Ufa! Seguiu adiante, mas não sem antes refletir o obstinado professor: o que seria de nós na atualidade, pobres mortais, sem energia elétrica, combustível, água potável, alimentos processados industrialmente para maior duração, vacinas, máquinas, equipamentos agrícolas, remédios, eletrodomésticos, internet, telefone, livros, lápis, caneta e papel? Impensável, diriam alguns. Trabalhoso, afirmariam outros. De qualquer forma, retrocederíamos ao mais absoluto caos...

Felizmente, a situação retratada acima não passou de mero devaneio.

¹ Doutorando pela UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI - 2004). Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (1991). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Professor licenciado da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina e da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juiz de Direito de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Contudo, impossível deixar de pensar que, para termos acesso a esses bens de consumo, independentemente se consideramos alguns supérfluos ou não (até porque a lista exemplificativa acima é deveras modesta), invariavelmente o homem estará interferindo no Meio Ambiente² para dele extrair a matéria prima imprescindível ao atendimento das suas mais básicas necessidades.

E, nesse questionamento, entendemos residir o ponto fulcral do dilema ambiental contemporâneo: como compatibilizar as necessidades humanas e a democratização do bem-estar oferecido pela Sociedade industrial tecnológica com a concomitante proteção e preservação ecológica do planeta?

A partir dessa crua realidade, o presente artigo pretende apresentar breve investigação na jurisprudência nacional, nos estreitos limites do espaço disponibilizado, acerca da postura dos tribunais frente ao tema da proteção ambiental, com foco especial no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal³, da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-1⁴.

Considerando que o Direito ao Meio Ambiente Equilibrado⁵ foi erigido à condição de um dos direitos fundamentais na Constituição da República do Brasil de 1988 (art. 225), mostra-se desafiador compreender as nuances da proteção desse direito pelo Poder Judiciário em relação às ações ou omissões de particulares ou do próprio Estado⁶ violadoras da integridade ecológica, especialmente quando pacífico na doutrina jurídica e não-jurídica a necessidade de preservá-la para as futuras gerações, evitando o que se categorizou como um conflito intergeracional, subproduto do vigente primado do desenvolvimento econômico encampado por várias nações ocidentais, orientais, desenvolvidas e subdesenvolvidas.

Para enfrentarmos essa missão, portanto, procedemos a releitura da citada decisão colegiada (medida cautelar na ADI 3540), tomando como norte as questões precedentemente referidas, que permanecem subjacentes à análise do julgamento.

² O Conceito Operacional será apresentado no correr do artigo.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-1 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01.09.2005. DJ 03.02.2006, p. 14. Ement. vol. 02219-03, p. 00528.

⁴ Doravante referenciada apenas como ADI 3540.

⁵ Segundo Machado: "O direito ao meio ambiente equilibrado, do ponto de vista ecológico, consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a 'existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos'. Ter direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado equivale a afirmar que há um direito a que não se desequilibre significativamente o meio ambiente". MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24 ed., rev., ampl., e atual. São Paulo : Malheiros, 2016. p. 56.

⁶ Estado: "Numa estrita visão juspositivista, a instituição que detém o poder de coerção incidente sobre a conduta dos cidadãos, determinando-lhes, através de um sistema normativo respaldado na força, o que podem e não podem fazer". MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB/SC, 2000. p. 38.

Iniciamos com uma abordagem preliminar sobre a Ciência, o Direito e o Meio Ambiente, correlacionando essas Categorias para demonstrar o quanto imprescindível a intercomunicação para a correta compreensão de um sistema jurídico e suas soluções.

Em um segundo momento, traçamos um panorama sobre a evolução do pensamento ambiental, para, então, seguir com a análise específica do tema central da presente pesquisa (releitura da ADI 3540).

Registra-se que o Método⁷ utilizado para a elaboração foi o Indutivo⁸, combinado com as Técnicas⁹ do Referente¹⁰, da Categoria¹¹, do Conceito Operacional¹² e da Pesquisa Bibliográfica¹³, esta última complementada ainda pela pesquisa nos repertórios de jurisprudência das Cortes de Justiça de todo o país.

Enfim, este o caminho que, juntos, começaremos a trilhar a partir de agora, certos, todavia, de que o tema é complexo e exige constantes e aprofundados estudos.

1. CIÊNCIA, DIREITO E MEIO AMBIENTE: CATEGORIAS INTERDEPENDENTES

Antes de ingressar diretamente no tema proposto para este trabalho, relevante rememorar alguns conceitos, a começar pelo Conceito Operacional do termo Ciência.

Para Newton Freire Maia¹⁴,

⁷ Método: “forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. Florianópolis : Conceito Editorial, 2015. p. 212.

⁸ Segundo PASOLD, Método Indutivo significa: “base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 213.

⁹ Técnica: “conjunto diferenciado de informações, reunidas e acionadas em forma instrumental, para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas de pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 218.

¹⁰ Referente: “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 217.

¹¹ Categoria: “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 205.

¹² Conceito Operacional: “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 205.

¹³ Pesquisa Bibliográfica: “técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. César Luiz. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 215.

¹⁴ MAIA, Newton Freire. **A ciência por dentro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000. p. 24.

ciência é um conjunto de descrições, interpretações, teorias, leis, modelos etc., visando ao conhecimento de uma parcela da realidade, em contínua ampliação e renovação, que resulta da aplicação deliberada de uma metodologia especial (metodologia científica).

Ainda segundo referido autor, a Ciência pode ser enfocada sob dois prismas fundamentais:

[...] a ciência já feita (tal como é ensinada) e a ciência-processo (que está sendo feita). A primeira é a disciplina (ciência formalizada) que o professor ministra aos seus estudantes e estes devem aprender na linha pela qual é ensinada para que possam fazer exames e ser aprovados. Aliás, os alunos aceitam a disciplina que lhes é ministrada na base da autoridade dos seus professores e dos livros em que estudam.¹⁵

Por sua vez, complementa,

a ciência-processo (ciência em vias de fazer-se) é a ciência que o cientista realiza e que pode ser dividida em duas fases: a própria pesquisa (isto é, os procedimentos de investigação) e a divulgação de seus resultados (isto é, sua publicação original).¹⁶

No campo da medicina ou do conhecimento médico, por exemplo, o reconhecimento de que estamos a tratar de uma Ciência propriamente dita não revela grande dificuldade, dada a estabilidade de grande parcela das conclusões obtidas por meio da pesquisa científica e, sobretudo, dado o caráter universal da base de pesquisa sobre a qual produzido o conhecimento científico – o corpo humano.

Assim, independentemente do local onde a pesquisa seja realizada, o objeto de investigação permanece o mesmo (corpo humano), facilitando, como disse, a compreensão da natureza científica dos estudos e conclusões elaborados sob o domínio dos conhecimentos da Medicina.

No âmbito do Direito¹⁷, contudo, tal nitidez não se apresenta com tamanha força, na medida em que notamos uma grande diversidade de sistemas jurídicos (Renè David¹⁸) e uma infinidade de normas tratando de modo diferente igual conduta humana, conforme a cidade ou o país de origem.

Nesse palmilhar, se a Ciência tem como uma de suas características a universalidade dos conhecimentos por ela produzidos sobre um definido objeto de estudo, perguntava-se como poderia ser considerado o Direito uma Ciência, diante de tamanha diversidade de regras?

¹⁵ MAIA, Newton Freire. **A ciência por dentro**. p. 17.

¹⁶ MAIA, Newton Freire. **A ciência por dentro**. p. 17.

¹⁷ Segundo Pasold: “elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que seja assegurada adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da Justiça”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 208.

¹⁸ DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 686 p. Título original: “Les grands systèmes du droit contemporains”.

Não por outro motivo, sabe-se que, por muito tempo, o Direito esteve relegado à condição de apenas um ramo das Ciências Sociais.

Entretanto, a partir da identificação de que, a par das diferenças de tratamento e conteúdo normativo para o mesmo fato havia um elemento comum – a norma jurídica –, passou-se a reconhecer, também ao Direito, a condição de Ciência independente, porquanto também dotada de um objeto de observação com alta carga de universalidade.

Com efeito, a partir de então, admite-se definir a Ciência do Direito, na lição de Paulo Dourado de Gusmão¹⁹, como “conhecimentos, metodicamente coordenados, resultantes do estudo ordenado das normas jurídicas com o propósito de apreender o significado objetivo das mesmas e de construir o sistema jurídico, bem como de descobrir as suas raízes sociais e históricas.”.

Essa abordagem inicial sobre a categoria Ciência e a sua conexão com o Direito e o Meio Ambiente²⁰ se faz necessária como preliminar no presente estudo, segundo entendemos, porquanto muitos dos nossos leitores de áreas externas ao ambiente jurídico (economistas, cientistas políticos, engenheiros agrônomos, biólogos, oceanógrafos, técnicos de diversas especialidades, etc.)²¹ por vezes questionam a diferença de tratamento normativo aplicado ao problema dos impactos ambientais de obras humanas em outros países, em contraste com as decisões judiciais proferidas no Brasil sobre o mesmo tema.

Tal característica, própria do Direito, como se viu, não lhe retira a cientificidade, na medida em que possui como fonte primária a norma jurídica, elemento comum em todos os ordenamentos das Sociedades²² organizadas.

Assim, a diversidade de tratamento deve ser compreendida em razão da possibilidade de

¹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

²⁰ Segundo Sirvinskias, que adverte não ser totalmente adequado o conceito legal, porque não abrangeria de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos, “[...] entende-se por meio ambiente ‘o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas’ (art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81)”. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 126-127. Na obra de Édís Milaré encontramos uma diversidade de conceitos para a Categoria Meio Ambiente além do legal, classificados segundo a linguagem técnica, jurídica, descritiva. MILARÉ, Édís. **Direito do meio ambiente**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 136-143.

²¹ Observa Bessa Antunes que “o tratamento jurídico do meio ambiente se faz em diferentes áreas do Direito e por diferentes instrumentos que, nem sempre, são de ‘Direito Ambiental’. Talvez este fato seja um dos mais relevantes no contexto do Direito Ambiental, pois nem toda norma que, direta ou indiretamente, relaciona-se a uma questão ambiental pode ser compreendida no universo do Ambiental”. ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 18 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo : Atlas, 2016. p. 7.

²² A categoria Sociedade pode ser entendida como: “agrupamento de pessoas que mantêm entre si relações convencionais, políticas, econômicas, sociais, culturais, obedecendo a regras comuns de convivência, sob um ordenamento jurídico que as rege”. SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **O acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?** 1ª ed. (ano 2006), 1ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2009. p. 13.

conteúdos normativos diferentes, de acordo com o momento histórico, econômico, cultural, temporal, de valores e princípios de uma Sociedade para outra, fonte geratriz, por consequência, de soluções diversas para iguais situações de conflito.

2. EVOLUÇÃO DA PREOCUPAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE E SUA NORMATIZAÇÃO: SINTÉTICA RETROSPECTIVA HISTÓRICA E PROTEÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

A preocupação do ser humano com o Meio Ambiente, seus recursos naturais e a disponibilidade de seus elementos para o atendimento das necessidades pessoais e principalmente dos grupamentos sociais não é recente.

Se nos primórdios da vida humana na terra os registros e desenhos de animais e de cenas do cotidiano nas cavernas não nos transmitem certeza sobre eventual pensamento ecológico, Sirvinskas²³ esclarece que no “livro dos mortos”, ao tempo do Novo Império Egípcio, um papiro encontrado com múmias de três milênios e meio já referia uma espécie de “testamento” do falecido, no qual declarava que não haveria ele prejudicado as lavouras, feito mal aos animais sagrados, sujado a água ou usurpado a terra, daí decorrendo a sua pureza para poder alcançar o outro mundo.

Refere ainda o autor sobre as legislações da antiguidade que se sucederam no tempo, como o Código de Hammurabi (2.020 a.C.), nas quais certos preceitos reguladores da atividade humana demonstravam o dever de respeito com a natureza, dado se tratar de algo sagrado para os Deuses.

Lembra também Sirvinskas²⁴ sobre as famosas cartas dos chefes das tribos indígenas Seattle (1854) e Sioux (1875), ambas nos Estados Unidos da América do Norte, oportunidades em que aqueles “homens vermelhos” manifestaram preocupação e incompreensão com as ações dos “homens brancos” contra a natureza. Pela sua importância e profundidade, a primeira delas chegou a ser distribuída pela Organização das Nações Unidas – ONU. Assim dizia trecho da referida missiva do chefe da tribo Seattle, ainda hoje, infelizmente, carregada de grande atualidade:

Os rios são nossos, saciam nossa sede. Os rios carregam nossas canoas e alimentam nossas crianças. Se lhes vendermos nossa terra, vocês devem lembrar e ensinar a seus filhos que os rios são nossos irmãos, e seus também. E, portanto, vocês devem dar aos rios a bondade que dedicariam a qualquer irmão. Sabemos que o homem branco não compreende nossos costumes. Uma porção de terra, para

²³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. p. 73.

²⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. p. 74-75.

ele, tem o mesmo significado que qualquer outra, pois é um forasteiro que vem à noite e extrai da terra aquilo de que necessita. A terra não é sua irmã, mas sua inimiga, e, quando ela a conquista, prossegue seu caminho. Deixa para trás os túmulos de seus filhos e não se importa. A sepultura de seus antepassados e não se incomoda. Rapta da terra aquilo que seria de seus filhos e não se importa. A sepultura de seu pai e os direitos de seus filhos são esquecidos. Trata a sua mãe, a terra, e seu irmão, o céu, como coisas que podem ser compradas, saqueadas, vendidas como carneiros ou enfeites coloridos. Seu apetite devorará a terra, deixando somente um deserto.

Por certo, as aceleradas mudanças e transformações operadas na civilização humana ao longo dos últimos séculos, entrecortadas por marcos históricos temporais como a revolução industrial, o surgimento do Estado Moderno, as duas grandes guerras mundiais, e, sobretudo, como afirmam Leite e Venâncio²⁵, o nascimento de um modelo social fundado no desenvolvimento, no progresso tecnológico, no consumo e no lucro, trouxeram, indubitavelmente, a necessidade de uma alteração na forma de se encarar os efeitos decorrentes da degradação ambiental causada por todo esse processo evolutivo.

Daí porque, de tempos em tempos e de acordo com a evolução (ou involução) dos valores Morais e sociais uma nova Ética compatível se foi moldando para o enfrentamento dos novos problemas de um mundo em constante transformação²⁶.

No âmbito do Meio Ambiente, especificamente, vemos surgir uma Ética Ambiental, a qual pode ser conceituada, nas palavras de Milaré²⁷, como “[...] uma ética de terceira geração, porquanto ela, supondo já a ética ou a moral individual e social, concentra-se na sobrevivência do Planeta Terra com todos os seus ecossistemas e a família humana”.

Tal movimento, de certa forma, aos poucos se estabelece em contraponto a uma verdadeira Sociedade de Risco, isto é, uma Sociedade contemporânea na qual

[...] os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados pela dinâmica da inovação, fogem cada vez mais do controle das instituições de proteção da Sociedade industrial. Esta sociedade assim estruturada coloca uma série de desafios para a humanidade – tais como a irresponsabilidade organizada, que pode ser entendida como um estado deliberado de irresponsabilidade dentro da sociedade, no qual ninguém se responsabiliza pelos riscos criados (Beck, 2011) – que, na perspectiva de Leite e Belchior (2009, p. 3), exigem transformações no Estado, uma vez que sua intervenção

²⁵ LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria. Hermenêutica jurídica ambiental para o século XXI: contornos e perspectivas. In: LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia faga, (Organizadores). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 123.

²⁶ “[...] a Moral se encontra num plano abstrato de princípios e regras de conduta desejáveis aos seres humanos que vivem em grupo, objetivando o bem de todos e da Sociedade (dever-ser), ao passo que a Ética estaria na valoração, positiva ou negativa, das condutas efetivamente adotadas pelas pessoas no plano real do convívio social, profissional, familiar etc.”. SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 25.

²⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**. p. 147.

pautada na regulação sancionatória clássica não é mais suficiente como mecanismo de proteção ambiental²⁸.

Esse cenário de desenvolvimento desenfreado, de um lado, e de deficiência de ferramentas de contenção, de outro, com a conseqüente degradação ambiental acelerada, conduziram à construção de um arcabouço normativo que se iniciou com legislações pontuais locais, para, em um segundo momento, ganhar atenção internacional e dimensão constitucional.

Segundo informa Milaré²⁹, no Brasil, “as primeiras formulações normativas dirigidas à tutela do meio ambiente vão ser encontradas na legislação portuguesa que aqui esteve em vigência até o advento do Código Civil, de 1916”. Todavia, muito insipientes.

No período imperial, tivemos no primeiro Código Criminal (1830) a penalização para o corte ilegal de madeiras, e a Lei 601, de 18 de setembro de 1850 procurou regular a ocupação do território, diante dos problemas então vivenciados como incêndios criminosos, desmatamentos e invasões. Porém, esse momento da nossa história foi marcado pela depredação ambiental impune³⁰.

Somente no período republicano o Brasil começou a produzir material normativo com maior carga de proteção ao Meio Ambiente, sendo o Código Civil de 1916 um ponto de partida, ainda que para a solução de questões privadas.

Ainda segundo Milaré³¹, seguiram-se o Decreto 16.300, de 31.12.1923 (Regulamento do Departamento de Saúde Pública), Decreto 23.793, de 23.01.1934 (Código Florestal), Decreto 24.114, de 12.04.1934 (Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal), Decreto 24.643, de 10.07.1934 (Código de Águas), Decreto-lei 25, de 30.11.1937 (Patrimônio Cultural: organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional), Decreto-lei 794, de 19.10.1938 (Código de Pesca), Decreto-lei 1.985, de 29.01.1940 (Código de Minas), Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), Lei 4.504, de 30.11.1964 (Estatuto da Terra), Lei 4771, de 15.09.1965 (Código Florestal), Lei 5.197, de 03.01.1967 (Proteção à Fauna), Decreto-lei 221, de 28.02.1967 (Código de Pesca), Decreto-lei 227, de 28.02.1967 (Código de Mineração), Decreto-lei 248, de 28.02.1967 (Política Nacional de

²⁸ LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria. Hermenêutica jurídica ambiental para o século XXI: contornos e perspectivas. In: LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia faga, (Organizadores). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. p. 123.

²⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**. p. 235.

³⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**. p. 238.

³¹ MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**. p. 240.

Saneamento Básico), Decreto-lei 303, de 28.02.1967 (Criação do Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental), Lei 5.318, de 26.09.1967 (Política Nacional de Saneamento – que revogou os Decretos-leis 248/67 e 303/67), Lei 5.357, de 17.11.1967 (Estabeleceu penalidades para embarcações e terminais marítimos e fluviais que lançassem detritos ou óleo em águas brasileiras).

Com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada em Estocolmo (1972), da qual resultaram o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo), somada à pressão internacional, o governo brasileiro criou a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), por intermédio do Decreto 73.030, de 30.10.1973, e, após, editou a Lei 6.151, de 04.12.1974 (II Plano Nacional de Desenvolvimento), o Decreto-lei 1.413, de 14.08.1975 (Controle da Poluição do Meio Ambiente provocada por atividades industriais), a Lei 6.453, de 17.10.1977 (Responsabilidade Civil por danos nucleares e responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares), a Lei 6.513, de 20.12.1977 (Criação de áreas especiais e locais de interesse turístico) e a Lei 6.766, de 19.12.1979 (Parcelamento do solo urbano)³².

Colmatando esse processo evolutivo legislativo em prol do Meio Ambiente, destaca Milaré quatro momentos significativos que se sucederam, ou seja, a (i) edição da Lei 6.938, de 31.08.1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), a (ii) aprovação da Lei 7.347, de 24.07.1985 (Lei da Ação Civil Pública), a (iii) promulgação da Constituição da República de 1988 (art. 225) e a (iv) edição da Lei 9.605, de 12.02.1998 (Lei dos Crimes Ambientais)³³.

Além desses diplomas legislativos, Dantas ainda acrescenta outros de reconhecida relevância em matéria de proteção ambiental, como o Código de Defesa do Consumidor (8.078/1990), a Lei de Educação Ambiental (9.795/1999), a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (9.985/2000), a Lei da Biossegurança (11.105/2005), a Lei da Mata Atlântica (11.428/2006), a Lei Complementar das Competências Ambientais (140/2011) e o Novo Código Florestal (12.651/2012)³⁴.

Não por outra causa, a exigência de um amplo tratamento jurídico especializado para as questões envolvendo o Meio Ambiente acabou por também desaguar no reconhecimento de um

³² MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**. p. 243.

³³ MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente**. p. 242-243.

³⁴ DANTAS, Marcelo Busaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016. p, 1.

novo ramo do Direito, o chamado Direito Ambiental, aqui conceituado na bem lançada definição de Machado³⁵:

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito de águas, um Direito de atmosfera, um Direito de solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

Logicamente, todo esse cipoal de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que acabou por refundar o Direito tradicional e dele fez surgir um segmento ainda jovem, mas de inegável significado e importância para a humanidade, igualmente prescinde de pessoas e instituições públicas e privadas capazes de operacionalizá-los e interpretá-los de acordo com os fins a que se destinam.

Entender o contrário significaria, como advertiu Ferdinand Lassale³⁶, relegar a Constituição a uma mera folha de papel sem utilidade. A Interpretação³⁷ conjugada desses dispositivos, pois, é imperativa.

E o fio condutor para o êxito na efetividade dessas normas e do novo ramo do Direito está, segundo Machado³⁸, na consideração da existência de um princípio do direito à sadia qualidade de vida, inserido em diversas constituições escritas na atualidade, inclusive a brasileira. Nessa perspectiva, para o autor,

a saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente. Leva-se em conta o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos.

Assim, hodiernamente, caminhamos cada vez mais para a construção de uma Sociedade

³⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. p. 52-53.

³⁶ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 37. Título original: "Über die Verfassung". A edição não traz o nome do tradutor.

³⁷ Interpretação, originariamente, segundo Häberle, invocando Hesse, significa "[...] a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto) [...]". HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental da constituição"**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1 ed. Reimpressão. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 14. Título original: "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Eis Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation".

³⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. p. 60.

preocupada e comprometida com o Desenvolvimento Sustentável³⁹, de modo tal que a irrecusável e indispensável atividade econômica possa ser desempenhada em compasso de amizade e de mãos dadas com a natureza.

Nesse palmilhar, a solução dos litígios que envolvam o Meio Ambiente, segundo proposição de Leite e Venâncio⁴⁰, nesse novel século XXI, merece ser realizada mediante uma abordagem “esverdeada”, que denominam de Hermenêutica Jurídica Ambiental (citando proposta de Leite e Belchior), isto é, “[...] por meio de princípios interpretativos voltados à procura de soluções justas e constitucionalmente adequadas para a interpretação de normas ambientais, influenciados por uma nova pré-compreensão ambiental.”.

A tarefa, entretanto, não é pequena, considerando, como diz Milaré⁴¹, estar o Direito Ambiental no Brasil (e porque não no mundo) representado por uma colcha de retalhos com normas de idades e espíritos diversos, muitas delas inclusive em franco antagonismo.

Daí porque sugere o autor, como forma de aumentar a segurança e a certeza jurídicas, uma futura Codificação⁴². E explica a proposta:

Como ramo especializado do Direito, embora de origem recente, o Direito ambiental precisa tornar-se claro, acessível, certo, coerente – e é possível acrescentar mais outras qualificações. As experiências de codificação já havidas – no Brasil e alhures – fortalecem-nos a convicção de que é oportuno, necessário e inadiável um “Código de meio Ambiente Brasileiro”⁴³.

Enfim, como também assinala Sirvinskas⁴⁴, concordamos com a ideia, desejando que esse futuro não esteja distante, porquanto não só facilitaria a aplicação das normas ambientais nas instâncias administrativas e judiciais, como também tornaria mais transparente o seu conteúdo para a Sociedade e seus agentes produtivos, a estes possibilitando, inclusive, melhores ganhos em

³⁹ Segundo Machado, citando Alejandro Lago Candeira, Desenvolvimento Sustentável pode ser entendido da seguinte forma: “[...] o princípio do desenvolvimento sustentável é uma combinação de diversos elementos ou princípios: a integração da proteção ambiental e o desenvolvimento econômico (princípio da integração); a necessidade de preservar os recursos naturais para o benefício das gerações futuras (equidade intergeracional); o objetivo de explorar os recursos naturais de forma sustentável (uso sustentável) e, por último, o uso equitativo dos recursos (equidade intrageracional)”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. p. 66.

⁴⁰ LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria. Hermenêutica jurídica ambiental para o século XXI: contornos e perspectivas. In: LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia faga, (Organizadores). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. p. 130.

⁴¹ MILARÉ, Édís. **Direito do meio ambiente**. p. 243.

⁴² Codificar, segundo Houaiss, significa reunir em Código, ou seja, compilar de forma sistemática ou em compêndio as leis, normas e regulamentos, ou ainda, conjunto de disposições, de regulamentos legais aplicáveis em diversos tipos de atividades. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro : Objetiva, 2001. p. 752.

⁴³ MILARÉ, Édís. **Direito do meio ambiente**. p. 245.

⁴⁴ Com ele também concorda Sirvinskas. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. p. 96-97.

produtividade e redução de custos, vez que, em tese, muitos entraves burocráticos e demandas judiciais hoje existentes poderiam ser evitados.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA RELEITURA DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE CAUTELAR NA ADI 3540: DEFINIÇÃO DE CONTORNOS PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE EM FACE DO INTERESSE ECONÔMICO

Como vimos até aqui, a Ciência, o Direito e o Meio Ambiente possuem ligações umbilicais quando se pretende estudar o Direito Ambiental⁴⁵.

De sua vez, do relato até o momento conduzido também se tornou possível compreender, ainda que por via de sintética visão panorâmica, esse longo processo evolutivo do pensamento humano e a histórica e recente conscientização sobre o impacto degradador que as ações ou omissões do homem e suas instituições, no âmbito público e privado, provocam no Meio Ambiente.

Somente para contextualizar o momento atual de inegável crise ambiental, segundo adverte Sirvinskaskas⁴⁶

por conta dessas agressões, o meio ambiente vem sofrendo as seguintes conseqüências: a contaminação do lençol freático, a escassez da água, a diminuição da área florestal, a multiplicação dos desertos, as profundas alterações do clima no planeta, a destruição da camada de ozônio, a poluição do ar, a proliferação de doenças (anencefalia, leucopenia, asbestose, silicose, saturnismo etc.), a intoxicação pelo uso de agrotóxicos e mercúrio, a contaminação de alimentos, a devastação dos campos, a desumanização das cidades, a degradação do patrimônio genético, as chuvas ácidas, o deslizamento de morros, a queda da qualidade de vida urbana e rural etc.

No interior desse universo, no qual a Sociedade brasileira e mundial se vê às voltas com Riscos Concretos⁴⁷ e Riscos Abstratos⁴⁸ que constantemente põem em cheque o Meio Ambiente,

⁴⁵ Segundo Bessa Antunes: “O Direito Ambiental é [...] a norma que, baseada no fato ambiental e no valor ético ambiental, estabelece mecanismos normativos capazes de disciplinar as atividades humanas em relação ao meio ambiente”. ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 6.

⁴⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. p. 86.

⁴⁷ “Os riscos concretos são riscos calculáveis pelo conhecimento vigente, passíveis de uma avaliação científica segura das causas e consequências de uma determinada atividade. Isto é, são riscos para os quais o conhecimento científico acumulado é capaz de determinar sua existência e suas dimensões (Carvalho, 2013, p. 73)”. SOUZA, GUILHERME HENRIQUE MARIANI DE. Direito ambiental e princípio da precaução: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia faga, (Organizadores). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. p. 28.

⁴⁸ “Os riscos abstratos, por sua vez, são muito mais complexos, e dotados de três características essenciais: invisibilidade, globalidade e transtemporalidade (Carvalho, 2013, p. 73). Ao mesmo tempo em que são invisíveis e imperceptíveis aos sentidos humanos, não há um conhecimento científico seguro acerca de suas possíveis dimensões. Outrossim, como marca da globalidade, grande parte dos riscos ambientais não apresenta limites territoriais, podendo atingir, mais cedo ou mais tarde, os próprios agentes que lucram com as atividades (como resultado do ‘efeito bumerangue’). Já a transtemporalidade, terceira característica dos riscos da era pós-industrial, pode ser entendida como a possibilidade futura de ocorrência de danos ambientais (Carvalho, 2013, p. 75)”. SOUZA,

vemos o Poder Judiciário⁴⁹ ser convocado a desempenhar um papel de relevo como mediador dos interesses econômicos e da própria atividade econômica em relação aos postulados do sistema normativo ambiental em vigor, este construído em seus primórdios a partir da premissa da necessidade de preservação da natureza, valor posteriormente absorvido constitucionalmente conforme se extrai do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁰.

Todavia, não raras vezes, esse mesmo sistema normativo ambiental disponibilizado pelo legislador ao Poder Judiciário mostra-se permeado de conflitos entre as normas de diversos níveis e origens (constitucionais, legais, administrativas etc.), déficits de interpretação, lacunas e espaços cinzentos que colocam em colapso a efetividade do Direito Ambiental e a própria proteção do Meio Ambiente, a exigir uma postura criativa e construtiva na definição dos seus exatos contornos.

Não bastassem essas complexas hipóteses de entrelaço normativo, também não se pode esquecer que ao asoberbado⁵¹ julgador (de primeira à última instância do sistema judiciário nacional) não é dado desprezar, no exercício de suas funções jurisdicionais, a existência concomitante de outros direitos fundamentais constitucionais e infraconstitucionais de igual calibre (direito de propriedade, livre iniciativa, desenvolvimento econômico e social, etc.), tampouco desconsiderar as evidências científicas consensuais ou majoritariamente aceitas em matéria de Meio Ambiente.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior⁵², “o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência”, sendo esses ingredientes indissociáveis, no âmbito processual civil brasileiro, do sistema de persuasão racional na avaliação da prova, ferramenta para a solução dos casos concretos que reclamam a atuação da

GUILHERME HENRIQUE MARIANI DE. Direito ambiental e princípio da precaução: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia faga, (Organizadores). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. p. 28-29.

⁴⁹ “O Poder Judiciário é um dos três Poderes clássicos previstos pela doutrina. Foi consagrado em seguida às grandes transformações dos séculos derradeiros como um Poder independente e autônomo. Pedro Lessa, em sua obra *Do Poder Judiciário*, assim o entende: ‘O Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares’”. FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12 ed., ampl. e atual. de acordo com as emendas constitucionais e a revisão constitucional. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 414.

⁵⁰ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05.10.1988**. 33 ed., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2004. p.

⁵¹ Sobre a morosidade processual decorrente do desproporcional volume de processos endereçados à insuficiente estrutura do Poder Judiciário brasileiro, remetemos à leitura da nossa obra “Acesso à Justiça e Autonomia Financeira do Poder Judiciário: a quarta onda? Em busca da efetividade dos direitos fundamentais”. 1ª ed. (ano 2006), 1ª reimpr. Curitiba : Juruá, 2009. p. 13.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 371.

jurisdição.

Por último, e não menos importante, sem menosprezar a relevância da dimensão ecológica na vida dos seres humanos, temos também nessa seara os radicalismos ideológicos, conforme adverte Lehfeld⁵³:

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, o Estado-Socioambiental de Direito configura-se um marco jurídico-constitucional ajustado à necessidade da tutela e promoção, de forma integrada e interdependente, ‘dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos fundamentais socioambientais ou direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais’. O sistema normativo de tutela ambiental, sob esse prisma, não pode ser proposto, portanto, sem considerar as demandas sociais e econômicas do Estado como sociedade politicamente organizada. Não se tolera, portanto, fundamentalismos ideológicos ou mesmo compreensões maniqueístas dos fenômenos ambientais.

Mostra-se verdadeiramente desafiador, em suma, a realização de uma prestação jurisdicional ecologicamente célere, equilibrada e eficiente no Brasil (e muito provavelmente em outras nações), como também ajustada aos melhores aportes científicos e doutrinários disponíveis na atualidade.

A partir desse multiforme quadro emoldurado, pois, é que nos lançamos na releitura da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540, com o objetivo de verificar se a solução adotada naquele julgamento pelo Plenário da Corte, histórico em se tratando de Direito Ambiental, observou uma tendência conservadora ou buscou acolher e integrar interpretação mais alinhada à doutrina defensora de tratamento diferenciado ao Meio Ambiente, e ainda, se referido precedente estabeleceu algum balizamento para o tratamento dos novos litígios envolvendo o tema a partir de então.

De início, necessário contextualizar que o julgamento ocorreu em 01 de setembro de 2005, ou seja, quando se completava cerca de pouco mais de uma década desde o evento promovido pela Organização das Nações Unidas – ONU e voltado para o Meio Ambiente, realizado no Brasil - cidade do Rio de Janeiro (ECO 92) -, a partir do qual foram consolidadas e ampliadas as diretrizes inicialmente estabelecidas na Declaração de Estocolmo (1972).

Essa observação se mostra relevante, na medida em que naquela época a doutrina especializada não se encontrava em tamanha profusão e vigor como atualmente.

⁵³ LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; BALBIM, Leonardo Insper Nassif. **Código florestal comentado e anotado (artigo por artigo)**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : Método, 2015. p. 5.

De outro lado, para melhor situar o leitor, vale esclarecer que a controvérsia base que ensejou o manuseio da Ação Direta de Inconstitucionalidade residiu na discussão acerca da (in) constitucionalidade de diversos dispositivos da Medida Provisória n. 2.166-67, de 24.08.2001, por meio da qual se pretendia alterar a redação original do artigo 4º do antigo Código Florestal (Lei n. 4.771, de 15/09/1965).

Segundo apontou o Procurador-Geral da República, autor da demanda, a norma impugnada, ao estabelecer regras para a “supressão de vegetação em área de preservação permanente”, ainda que condicionando a sua realização à existência concomitante de utilidade pública ou interesse social, apurados em prévio “procedimento administrativo próprio devidamente motivado”, ao afastar a exigência de “lei formal” teria confrontado as disposições protetivas ao Meio Ambiente estabelecidas pelo art. 225 da Constituição da República de 1988, notadamente em seu inciso “III”⁵⁴.

Na referida ADI 3540, adiciona-se, além do pleito de declaração definitiva de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, postulou o autor cautelarmente a imediata suspensão da vigência dos normativos questionados, o que foi deferido pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 26 de julho de 2005.

Por conta da entrega da cautela de forma monocrática, o processo foi então distribuído ao Ministro Relator e, em razão da relevância, em setembro de 2005, a matéria referente à decisão cautelar foi submetida ao Plenário para ratificação, ou não.

O julgamento acabou por “não referendar” a liminar deferida, nos termos do voto do Ministro Relator, cuja ementa⁵⁵, na parte que mais interessa ao presente estudo, resultou assim redigida:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS

⁵⁴ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;”.

⁵⁵ A ementa do acórdão é bastante longa, e, por essa razão, transcrevemos apenas as partes de maior relevância para o presente trabalho. Pela sua importância e fundamentos, todavia, recomendamos ao leitor que realize a leitura completa da ementa e acórdão.

SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.⁵⁶

Situado o conflito nos seus contornos, o primeiro registro a se fazer, além da qualidade do conteúdo do voto do Ministro Celso de Mello, Relator do processo, está na perfeita sintonia entre a síntese acima transcrita, que consubstancia a ementa do acórdão, e os fundamentos lançados no voto condutor do julgamento. Faço essa menção porque, não raro, em pesquisas envolvendo decisões judiciais de tribunais verificamos que muitas ementas acabam não guardando exata correspondência com a temática desenvolvida no corpo da decisão, induzindo o desavisado pesquisador ao equívoco.

Em segundo lugar, agora efetivamente com relação às razões de decidir, extrai-se da leitura do julgamento, desde logo, a impressão de que houve um claro reconhecimento pela Suprema Corte brasileira, naquele momento, de que o tempo havia se encarregado de promover uma nítida evolução na doutrina da proteção jurídica dos bens ambientais em relação ao enfoque existente no passado, para consagrar indelevelmente o Direito ao Meio Ambiente Equilibrado como irrecusável “direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão)”⁵⁷, cuja responsabilidade pela preservação corresponderia a um dever de toda a Sociedade e do poder público, dado o caráter de metaindividualidade e de interesse intergeracional desse direito fundamental.

Com igual nitidez, também possível observar no julgado em comento a compreensão, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o sistema protetivo ambiental não mais se encaixava nos limites da velha jurisprudência, pois sua aplicação deveria considerar, nas palavras de Bessa Antunes⁵⁸:

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-1 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01.09.2005. DJ 03.02.2006, p. 14. Ement. vol. 02219-03, p. 00528-531.

⁵⁷ Expressão utilizada no acórdão em análise.

⁵⁸ ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 5.

a) modificação ontológica da tutela conferida aos bens naturais; b) abrandamento dos conceitos de direito público e privado; c) abrandamento dos conceitos de direito interno e direito internacional; d) integração entre diversas áreas do conhecimento humano na aplicação da ordem jurídica; e) consideração do desenvolvimento econômico com respeito ao meio ambiente e com a integração das populações nos benefícios gerados pelo desenvolvimento.

Essa percepção pode ser conferida na seguinte passagem assentada no corpo do acórdão:

A **questão** do meio ambiente, **hoje**, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), **passou a compor** um dos tópicos mais expressivos **da nova agenda internacional** (GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, “Direito Ambiental Internacional”, 2ª ed., 2002, Thex Editora), **particularmente** no ponto em que se reconheceu, **ao gênero humano**, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e **ao gozo de condições de vida adequada**, em ambiente que lhe permita desenvolver **todas** as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar⁵⁹.

Recolhe-se da leitura do precedente objeto de estudo, ainda, ter a Corte Constitucional firmado algumas interpretações relevantes para a solução vencedora no caso em exame⁶⁰, por exemplo, a (i) preservação da integridade do meio ambiente constitui direito fundamental constitucional (CRFB/88, art. 225), (ii) trata-se de direito fundamental que extrapola os lindes da individualidade para se transmutar em direito da generalidade dos seres humanos (transindividual) - direito de terceira geração, (iii) a obrigação de defender e preservar o meio ambiente se estende solidariamente à coletividade e ao Poder Público, responsáveis por evitar conflitos intergeracionais, mediante a entrega às gerações futuras de um mundo em condições ecologicamente equilibradas, (iv) a liberdade de exercício da atividade econômica (CRFB/88, art. 170, VI) tem sua existência condicionada à proteção do meio ambiente, (v) o desenvolvimento nacional (CRFB/88, art. 3º, II) deve observar o princípio do desenvolvimento sustentável como elemento de equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, e (vi) nas situações de conflito entre valores constitucionais relevantes, a superação dos antagonismos deve resultar da utilização da ponderação de bens e interesses em conflito, mas com prevalência do direito à preservação do meio ambiente sobre a atividade econômica.

Em relação à maioria dos apontamentos acima destacados do julgamento, por certo, não haveremos de encontrar divergências essenciais entre aqueles que se dedicam ao estudo do Direito e do Meio Ambiente.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-1 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01.09.2005. DJ 03.02.2006, p. 14. Ement. vol. 02219-03, p. 00546. Os destaques constam no original.

⁶⁰ Essas conclusões, gize-se, foram recentemente reiteradas em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário n. 194.704/MG, apresentado em 29/06/2017.

Contudo, na releitura que procedemos encontramos um sinal aparentemente contraditório emitido pela Corte Suprema, relativamente à forma como deve ser enfocada a questão ambiental quando interesses ou interpretações se contrapõem ou colidem, na medida em que o julgado, em certo momento, claramente propõe que se encontre **para cada caso concreto um caminho equilibrado** para a solução do conflito, e, ao depois, indica um dever de prevalência normativa em favor do Direito Ambiental.

Na tentativa de desatar esse nó hermenêutico iniciamos por raciocinar com os extremos, posto que as cores fortes põem em destaque e relevo eventuais incongruências.

Assim, conforme destacamos alhures, se o arco interpretativo da defesa do Meio Ambiente hoje existente contém irrecusavelmente posições apaixonadas, algumas defendendo a supremacia verde sobre tudo e todos (visão imperialista – Bessa Antunes⁶¹), enquanto outros desprezam o discurso ambiental em prol do desenvolvimentismo, à luz desse paradoxo, pensamos primeiro se caberia extrair do precedente em avaliação interpretação castrante, isto é, aquela em que a proteção ambiental e sua consagração constitucional poderiam significar radical inacessibilidade aos bens naturais ainda não explorados pelo homem, ou, a reversão ao estágio original daqueles já utilizados, mediante restrições desproporcionais e inviabilizadoras da atividade econômica.

Sob esse prisma, sabemos que, em um primeiro momento histórico, diversas atividades comerciais, industriais e empresariais, com fins lucrativos ou não, se desenvolveram sem qualquer limite ou respeito em relação ao Meio Ambiente, cujas conseqüências ainda hoje se fazem sentir.

Não obstante, a insatisfação social pelos resultados danosos pretéritos e a precária divisão dos benefícios sociais (verdadeira reação adversa produzida por essa desequilibrada exploração), certamente, não devem servir de mote para exacerbar restrições/proibições injustificadas à atual atividade econômica sob o argumento da preservação do Meio Ambiente, em movimento impregnado de um “mix ideológico” contrário o modelo de desenvolvimento adotado e suas práticas.

Nesse aspecto, observamos que **o voto condutor da ADI 3540 parece rechaçar referida ideia limitadora extremada que propusemos**, conforme se percebe do trecho a seguir colacionado:

[...] **atento** à circunstância **de que existe** um permanente estado de tensão **entre** o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, **e** a necessidade de preservação da integridade

⁶¹ ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. p. 5.

do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, **torna-se essencial reconhecer** que a superação desse antagonismo, **que opõe** valores constitucionais relevantes, **dependerá** da ponderação concreta, **em cada caso ocorrente**, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, **em ordem** a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, **tendo-se** como vetor interpretativo, **para efeito** da obtenção **de um mais** justo e perfeito equilíbrio **entre as exigências** da economia e as da ecologia, **o princípio** do desenvolvimento sustentável, **tal como formulado** nas conferências internacionais (a “Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992”, p. ex.) **e reconhecido** em valiosos estudos doutrinários **que lhe destacam** o caráter eminentemente constitucional [...].⁶²

E o raciocínio naturalmente se complementa com a afirmação de que a superação dos antagonismos entre princípios e valores deve ser realizada por magistrados e Tribunais com o socorro do **método da ponderação**, considerando o caso em apreciação, apenas com a cautela de não se esvaziar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em combate (dentre eles o direito à preservação do Meio Ambiente)⁶³.

Nesse ponto, pois, na medida em que a decisão analisada expressamente afastou os extremos interpretativos, vislumbra-se o necessário espaço para desfazer a aparente contradição referenciada anteriormente.

Para tanto, a partir do julgamento em análise (ADI 3540) e do raciocínio nele encetado, permite-se também deduzir interpretação do seu contexto **com a exclusão da assertiva de prevalência de um direito fundamental sobre outro**, na medida em que posicionados em condições constitucionais de igualdade.

Com efeito, hodiernamente, sustentar a superposição do direito fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado em detrimento do desenvolvimento nacional (CRFB/88, art. 3º, II), da atividade econômica (CRFB/88, art. 170, VI), ou de outros direitos, parece não estar mais em perfeita sintonia tanto com a integralidade dos fundamentos lançados no precedente analisado, como também com a melhor doutrina atualizada sobre o tema, conforme notícia Dantas, com suporte em diversos doutrinadores⁶⁴.

Segundo o referido autor,

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-1 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01.09.2005. DJ 03.02.2006, p. 14. Ement. vol. 02219-03, p. 00565-566. Os destaques constam no original.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-1 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01.09.2005. DJ 03.02.2006, p. 14. Ement. vol. 02219-03, p. 00566-567.

⁶⁴ DANTAS, Marcelo Busaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. p. 44-45.

[...] não é possível considerar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estaria acima de qualquer outro e, deste modo, deveria prevalecer sempre, não importando se o direito colidente é também resguardado pela Constituição, nem tampouco as nuances do caso concreto. Ora, por mais ambientalista que alguém seja e deseje ver a proteção ambiental eficazmente implementada, é impossível pretender uma prevalência absoluta, indistinta e abstrata do direito fundamental em tela sobre qualquer outro, sob pena de se ter de rever a própria definição de princípios, como bem assinalou Alexy [...]. O mesmo se diga da hipótese inversa, ou seja, a proteção ambiental, constitucionalmente prevista, não está abaixo de qualquer outro direito fundamental, seja ele qual for. Com efeito, não há direito fundamental absoluto, de modo que, nos casos de colisão, deve-se buscar alternativas para solucionar o impasse. São elas a tentativa de harmonização, quando possível, ou, caso contrário, a ponderação, através do teste da proporcionalidade.⁶⁵

A proposição do mencionado jurista, pela profundidade de seus argumentos, não permite seja desconsiderada ou sub-dimensionada em sua força e lógica, mesmo encontrando-se em aparente contraste com o julgado da Suprema Corte analisado.

Nota-se, ao contrário, que, para a adequada compreensão do Direito Ambiental, especialmente em face da ausência de uma melhor sistematização ou codificação dos seus elementos, cada vez mais se faz relevante o papel da produção acadêmica no esclarecimento correto dos seus lindes, fundamentos, conexões e princípios norteadores, de modo a possibilitar a sua convivência harmoniosa com todo o arcabouço normativo (constitucional, infraconstitucional), sempre voltado ao bem estar dos seres humanos, os quais igualmente devem estar inseridos no centro de preocupação e na amplitude da proteção ao Meio Ambiente, posto que, como assinalam Sarlet e Fensterseifer⁶⁶,

por mais que no discurso ambientalista – jurídico e não jurídico – seja sempre defendida com entusiasmo a perspectiva filosófica biocêntrica – em oposição ao antropocentrismo –, tal entendimento não reflete as construções jurídicas e respectivos mecanismos normativos dos quais dispomos hoje para promover a tutela e promoção do ambiente. Na absoluta maioria das vezes, serão os mesmos fundamentos teóricos e instrumentos normativos disponíveis para promover a proteção ecológica. Não por outra razão, a nossa abordagem teórica é construída a partir dos pilares do Direito Constitucional e da Teoria dos Direitos Fundamentais (e também da Teoria dos Direitos Humanos se tomarmos a perspectiva do Direito Internacional). **Para nós, a proteção do ser humano é a proteção da Natureza, e vice-versa. Talvez aí resida uma marca “biocêntrica” na nossa abordagem teórica, porquanto não advogamos qualquer separação entre ser humano e Natureza. Pelo contrário, entendemos vital tal “religação”, identificando o ser humano como mais um elemento na cadeia da**

⁶⁵ DANTAS, Marcelo Busaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. p. 45-46.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 50-51. O destaque não consta do original.

vida. Com Lutzemberger, entendemos que “não estamos fora, por cima e contra a Natureza, estamos bem dentro. Somos um pedaço dela”.

Nesse contexto, enfim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, com o precedente analisado, ao tempo em que produzido trouxe importante referencial para o tratamento dos conflitos ambientais, traçando diretrizes que, ainda hoje, servem de baliza referencial.

Todavia, em razão da evolução e amadurecimento do conhecimento científico e do próprio Direito Ambiental, e com apoio na equivalência qualitativa dos direitos fundamentais, propõe-se uma releitura atualizada da ADI 3540, fundada primordialmente no método da ponderação e adaptada ao mundo contemporâneo, de uma Sociedade de riscos que diariamente lança sobre a humanidade os mais impensáveis e inesperados desafios para uma sobrevivência digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciarmos o presente trabalho estabelecemos como compromisso uma pesquisa jurisprudencial no âmbito do Direito Ambiental, com enfoque específico na releitura de decisão colegiada proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar na ADI 3540, tomando como norte questões subjacentes à análise do julgamento, dentre elas se haveria a possibilidade de convivência entre as demandas econômicas e sociais e o aparato legislativo ambiental (constitucional, legal, administrativo).

Encerrada a pesquisa e a apresentação dos dados e informações coletados, possível responder aos questionamentos inicialmente propostos.

Em primeiro plano, mostra-se seguro afirmar que, no Brasil, formulamos ao longo do tempo uma ampla e diversificada legislação ambiental, com destaque para a Constituição da República de 1988, na qual inserido o direito fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado (art. 225).

O sistema protetivo construído, apesar de conter muito material disperso e reclamar melhor unidade, aparentemente se encontra alinhado às exigências internacionais para a preservação do Meio Ambiente, ainda que a efetividade desse sistema possa se mostrar deficiente, por conta da qualidade da legislação e em função do assoberbamento do aparato judicial para dar respostas célere aos conflitos instaurados no plano ambiental.

Esse arcabouço normativo permite dizer que o Direito Ambiental está entre nós, encontra-se maduro e merece contínuo e profundo aperfeiçoamento, de sorte a servir como ferramenta útil

para o bem-estar da Sociedade, sem pender para extremismos ou posições castrantes do desenvolvimento econômico e social.

Noutro viés, também permite-se asseverar com segurança que a Suprema Corte brasileira reconhece a validade e a importância do direito fundamental à proteção ao Meio Ambiente, e a ele dispensa a tutela necessária quando reclamada, de forma ponderada e equilibrada, sinalizando às demais instâncias do Poder Judiciário a necessidade de se avaliar o conflito de interesses e o entrechoque de direitos em cada caso concreto, de modo a harmonizar os valores e os bens jurídicos protegidos pela Constituição e demais normas jurídicas, cumprindo, assim, a sua função institucional.

Exemplos desse modelo de interpretação temperada do conflito de normas/interesses em sede de Direito Ambiental, com base no método da ponderação, podem ser verificados não apenas na ADI 3540, objeto principal deste trabalho, como também no Recurso Extraordinário n. 194.704, de Minas Gerais, ou ainda no Recurso Extraordinário n. 627.189, de São Paulo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como em diversos julgados de Tribunais do país, dentre eles o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em especial na Apelação Cível n. 0001084-59.2013.8.24.0059.

Importante registrar ainda que o Poder Judiciário, e seus membros em particular, têm um compromisso nuclear de respeito e observância sobremaneira relevante em relação aos preceitos constitucionais fundamentais, porquanto, em última análise, a eles se atribui a competência funcional para dar concretude aos anseios da nação quando violados os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mesmo quando essa violação seja proveniente do próprio Estado.

Assim refere André Ramos Tavares⁶⁷, ao afirmar que o papel do juiz tradicional foi ampliado pela abertura semântica das constituições, chamando-o para cumprir “[...] o papel didático de orientação geral do Estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais”.

Por fim, não é demais lembrar que a cuidadosa avaliação dos julgados ganha cada vez mais significado singular, dada a atual aproximação dos sistemas da *civil law* e *common law* no Brasil, fenômeno que tem emprestado crescente importância aos precedentes judiciais e, por conseguinte, exige sua maior estabilidade e reprodução em lides de igual natureza, como anota Luiz Guilherme Marinoni⁶⁸.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2012, p. 11.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. 1438 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 515 p.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05.10.1988**. 33. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 386 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-1 Distrito Federal**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01.09.2005. DJ 03.02.2006, p. 14. Ement. vol. 02219-03, p. 00528.

DANTAS, Marcelo Busaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 358 p.

DAVID, Renè. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 686 p. Título original: “Les grands systèmes du droit contemporains”.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., ampl. e atual. de acordo com as emendas constitucionais e a revisão constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. 669 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 459 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da constituição”. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1 ed. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. 55 p. Título original: “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Eis Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation”.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2922 p.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. 40 p. Título original: “Über die Verfassung”. A edição não traz o nome do tradutor.

LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; BALBIM, Leonardo Insper Nassif. **Código florestal comentado e anotado (artigo por artigo)**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 397 p.

LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria. Hermenêutica jurídica ambiental para o século XXI: contornos e perspectivas. In: LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga, (Organizadores). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 240 p.

MAIA, Newton Freire. **A ciência por dentro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000. 262 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 1408 p.

MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2012, 632 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 104 p.

MILARÉ, Édís. **Direito do meio ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1707 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. 232 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 457 p.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **O acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?** 1. ed. (ano 2006), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. 260 p.

_____. **Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. 220 p.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1016 p.

SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Direito ambiental e princípio da precaução: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia faga, (Organizadores). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 240 p.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012, 415 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RE 548.181/PR: RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA E A QUEBRA DO PARADIGMA CONSISTENTE NA DUPLA IMPUTAÇÃO NA INFRAÇÃO PENAL AMBIENTAL

Paulo Eduardo Huergo Farah¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico é dividido, de forma direta e objetiva, em dois tópicos, apresentando em seus contextos as respectivas considerações.

O primeiro item traça um pequeno apanhado sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no viés disposto na Constituição da República Federativa do Brasil²³. Inicia apontando a evolução humana na conjuntura da Sociedade⁴ de risco, a transmutação dos pequenos conglomerados rurais em grandes empresas transnacionais, a agressão ao meio ambiente⁵ assim como as diversas teorias sobre a criminalização das atividades empresariais cometidas pela ente moral.

O segundo tema abarca a quebra de paradigma ocorrida com o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 548.181, do Paraná, diante do qual se firmou entendimento acerca da desnecessidade da dupla imputação entre pessoa física e jurídica para o processamento do ente moral diante do cometimento de infração penal pela pessoa jurídica, abandonando os engessados conceitos do Direito Penal clássico para dar vida ao comando constitucional exarado no § 3º do artigo 225 da CRFB.

¹ O autor é Juiz de Direito em Santa Catarina. Este artigo foi elaborado para o Curso de Doutorado em Ciência Jurídica realizado por intermédio do convênio firmado entre Academia Judicial/TJSC e UNIVALI, apresentado na disciplina Principiologia Constitucional Ambiental e Jurisdição.2016.1, ministrada pelo Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas. E-mail: paulofarah@tjsc.jus.br

² BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: jun/16.

³ A partir de então denominada nesse artigo científico como CRFB.

⁴ A Categoria Sociedade grafada com a letra inicial maiúscula, conforme recomenda Pasold. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 176/7, em nota de rodapé.

⁵ “O conceito de meio ambiente, devemos mencionar, nos é dado pelo artigo 3º da Lei nº 6.983/1981 (a denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada pela Carta Magna), que o define como o ‘conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas’”. DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 728.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo; na fase de tratamento dos dados foi o cartesiano.

As técnicas de investigação utilizadas foram as do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e legislativa.

1. A TIPIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E O ATENDIMENTO AOS ANSEIOS DA SOCIEDADE DE RISCO EM UM MUNDO GLOBALIZADO

Acompanhando a natural evolução do ser humano, as inovações e as tecnologias alteraram significativamente, especialmente nas últimas décadas, o panorama da vida em comum na Sociedade. O mundo globalizado deixou no passado o convívio individual e isolado de pequenos grupos e passou a adotar uma visão cosmopolita entre as relações pessoais, baseada principalmente no mercado, acarretando, por isso, intensa exploração dos recursos naturais necessários à fabricação dos produtos.

Surgiu, assim, a denominada “Sociedade de risco”, trazendo com ela enormes “dificuldades de operar qualquer inovação tecnológica quando seu implemento tivesse como contrapontos a imprevisibilidade, a incerteza e o desconhecimento dos resultados de seu avanço⁶”. Nesse sentido, expõe Trennepohl⁷:

Chegou-se, em pleno século XXI, àquilo que se convencionou chamar de ‘sociedade de risco’, ou seja, aquela em que é mais difícil a tarefa de apresentar soluções adequadas para o conflito ente o desenvolvimento tecnológico e a obrigação de estabelecer limites à própria capacidade de intervenção sobre o meio ambiente⁸. [...] No lugar daquele conglomerado rural, baseado na produção de bens agrícolas, e que levou 10 mil anos para gerar a sociedade industrial, sobreveio esta, pós-industrial, moderna, contemporânea, na qual a degradação e a poluição ambiental ganham contornos nítidos de descontrole, não mais sendo possível ao homem manejar a natureza como nos séculos passados.

Diante de tantas e expressivas modificações nas estruturas sociais, o Direito, por seu turno, teve que se adaptar “às novas transformações para não ficar na contramão do desenvolvimento

⁶ TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Tratado de Direito Constitucional**. Coord. Ives Granda, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 607

⁷ TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Tratado de Direito Constitucional**. p. 607

⁸ FARIAS, Talden. **Introdução ao Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 28.

humano”⁹. Como é possível destacar, os ramos do direito que disciplinam a exploração e a preservação do meio ambiente ganharam revelação nessa nova era como mecanismo balizador e de amparo entre o crescimento econômico e o progresso sustentável.

Conforme apontado por Trennepohl, nessa nova Sociedade, que se transmudou desde pequenos conglomerados rurais até operar em um sistema absolutamente tecnointustrial, as empresas assumiram papel destacado no universo contemporâneo, causando, para objetivar suas finalidades, severa degradação ambiental, e nenhum ordenamento jurídico poderia ficar alheio ao fato.

Em nosso país “a matéria só recebeu atenção específica com o Texto de 1988, embora o Livro Quinto, Título LXXV, das Ordenações Filipinas estipulasse a pena gravíssima¹⁰ de açoite e degredo para a África ao agente que cortasse árvore ou fruto”¹¹.

Escutado no raciocínio de diversos doutrinadores, inclusive Bulos, a “preocupação de garantir esse autêntico direito difuso vem adquirindo enorme importância nas constituições mais recentes” e, nesse contexto, “o capítulo do meio ambiente da Constituição de 1988 é um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial”.

Reforçando o dito, aduz Eros Roberto Grau¹²:

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”. O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado.

De acordo com os preceitos do artigo 225 da Constituição da República, todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigindo-se não apenas do Poder público, mas também de toda a coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Seus parágrafos impõem diversos comandos e regramentos tendentes à efetivar esses direitos, a obrigação de recuperação de áreas degradadas, a implementação de espaços ambientais protegidos e, nomeadamente, a sujeição de infratores, pessoas físicas e jurídicas, à

⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

¹⁰ “[...] estipulasse a pena gravíssima de açoite e degredo para a África, por quatro anos, ao agente que cortasse árvore ou fruto E isso se o dano fosse mínimo. Se lograsse maiores proporções, o degredo seria para sempre. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.075.

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1.075.

¹² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 255/6.

responsabilização penal e administrativa, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Foi assim que, no decorrer dessa evolução, a responsabilização das pessoas jurídicas com relação aos danos ambientais ultrapassou as esferas administrativa e civil para também se situar na penal, com intuito de aumentar a proteção destinada ao meio ambiente. Nessa seara, expõe o § 3º do artigo 225 da CRFB:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Conforme destaca Sirvinskas, os “maiores poluidores e degradadores do meio ambiente, via de regra, são as indústrias que lançam resíduos sólidos, gasosos ou líquidos no solo, no ar atmosférico e nas águas”¹³, ocasionando danos, por vezes irreversíveis, direta ou indiretamente a todos os seres vivos e seus respectivos habitats.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é hoje reconhecida também em diversos países¹⁴, podendo ser caracterizada como uma tendência mundial, mormente em um viés ambiental. Podem ser destacados: Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Portugal, França, Áustria, Japão, China, Cuba, México, Alemanha, Suíça, Itália, Bélgica, Espanha, Noruega, Canadá, Nova Zelândia, Colômbia, Venezuela dentre outros¹⁵.

Apesar da a responsabilidade penal da pessoa jurídica possuir singular proeminência na atualidade, ela não é nenhuma novidade. Durante o Julgamento de Nuremberg, onde diversos crimes cometidos pela Alemanha nazista contra a humanidade foram julgados, a “Gestapo” e a “Tropa de Assalto SS” acabaram condenadas criminalmente, de acordo com Nucci¹⁶:

No mais, é preciso lembrar que, historicamente, o Tribunal de Nuremberg chegou a condenar, por crimes de guerra contra a humanidade, não somente pessoas físicas, mas corporações inteiras, como a GESTAPO (Polícia Secreta da Alemanha nazista) e as tropas da SS (grupos especializados de combate da época do nazismo).

¹³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. p. 90.

¹⁴ “Adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, atualmente, além do Brasil: Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália, Cuba, México, China, Japão, Holanda, Portugal, Escócia, França, Áustria e Dinamarca. Note-se, ademais, o disposto no Código Penal do Alabama (EUA), disciplinando o conceito de sujeito ativo do crime: ‘um ser humano, e, onde for apropriado, uma empresa pública ou privada, uma associação, uma sociedade, um governo ou uma instituição governamental’ (art. 13 A, 1-2)”. NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Vol. 2**. 9 Ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 561.

¹⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. p. 91.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Vol. 2**. p. 561.

Na esfera dos preceitos constitucionais, o § 3º do artigo 225 não está isolado na CRFB, aliando-se a ele o disposto no § 5º do artigo 173, que estabelece:

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Apesar de não haver previsão expressa acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica com relação aos crimes ambientais, este é um consectário lógico e decorrente da proteção destinada à ordem econômica e financeira, que possui em um dos seus princípios a defesa do meio ambiente, conforme observa José Afonso da Silva¹⁷:

Cabe invocar, aqui, a tal propósito, o disposto no artigo 173, § 5º, que prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, independentemente da responsabilização de seus dirigentes, sujeitando-se às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica, que tem como um de seus princípios a defesa do meio ambiente.

Nesse mesmo sentido, obtempera Eros Roberto Grau, expandindo o leque constitucional de proteção, mencionando, além do § 3º do artigo 225 e o § 5º do artigo 174, os artigos 5º, 23, 24, 129, 200 e 216:

Princípio da ordem econômica constitui também a *defesa do meio ambiente* (art. 170, VI). Trata-se de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho), que cumpre dupla função, qual os anteriores referidos. Assume também, assim, a feição de *diretriz* (Dworkin) – *norma-objetivo* – dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Também a esse princípio a Constituição desde logo, especialmente em seu art. 225 e parágrafos – mas também nos seus arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V – confere concreção¹⁸.

A despeito dessa previsão constitucional brasileira, dos julgamentos que ficaram registrados na história e da adoção também por outros países, a possibilidade de criminalização da conduta da pessoa jurídica é, entre os juristas, tema bastante tormentoso e distante de uma conclusão. Diante de inúmeros posicionamentos conflitantes e desuniformes, é factível destacar duas grandes correntes teóricas e distintas sobre a temática.

A primeira delas, fundada na teoria da ficção criada por Savigny e tradicional em nosso ordenamento jurídico, afirma que a pessoa jurídica não passa de uma abstração, divorciada de vontade própria, consciência e finalidade, restando impossível a caracterização do fato típico (primeiro elemento do crime: fato típico, ilícito e, para alguns, culpável). Dessa forma, as pessoas

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015. p. 865.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 240.

jurídicas não estariam habilitadas a cometer delitos, pois suas decisões são tomadas por interpostas pessoas naturais (físicas), e estas sim é que poderiam cometer e ser responsabilizadas por crimes, ainda que a suas respectivas atuações fossem em nome da empresa.

Corroborando o exposto, orienta Luís Paulo Sirvinskas¹⁹:

Os penalistas mais ortodoxos não admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois é incompatível com o sistema penal codificado existente na Europa continental e na América Latina. A unidade interna de instituições e normas jurídicas cria obstáculos dogmáticos insuperáveis. Tais obstáculos não ocorrem em relação aos países que adotam o sistema do common law. Neste último caso, a adoção de responsabilidade penal da pessoa jurídica não apresenta maiores dificuldades, pois o estudo do direito penal está fundado essencialmente em precedentes jurisprudenciais.

Conforme explica Fernando Capez²⁰, a teoria da ficção encontra substrato no brocardo romano *societas delinquere non potest* (a pessoa jurídica não comete delitos), pois lhe faltaria: a) capacidade de ação em sentido estrito do direito penal (consciência e vontade); b) capacidade de culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena). “Em síntese: a pessoa jurídica não possui capacidade de ação (consciência e vontade); logo, somente a pessoa natural detentora de consciência e vontade pode ser sujeito ativo de um crime”²¹.

Em outro norte está posicionada a teoria da realidade ou da personalidade real, defendida por Otto Gierke, diante da qual a pessoa jurídica não é um ser artificial, mas sim um ente real, dotado de capacidade e vontade própria, independentemente dos indivíduos que a compõem, podendo ser responsabilizada na tripla esfera. Nesse sentido, explana Capez²²:

Para esse entendimento a pessoa jurídica não é um ser artificial, criado pelo Estado, mas sim um ente real, independente dos indivíduos que a compõem. Sustenta que a pessoa coletiva possui uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de ação e de praticar ilícitos penais. É, assim, capaz de dupla responsabilidade: civil e penal. Essa responsabilidade é pessoal, identificando-se com a da pessoa natural. Em síntese, a pessoa jurídica é uma realidade que possui vontade e capacidade de deliberação, devendo-se, então, reconhecer-lhe a capacidade criminal, e ela se aplicando aos princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade.

Conceitos arcaicos do Direito, especial no tocante ao penal, precisaram se ajustar ao novo cenário globalizado, e a teoria da realidade ultrapassou diversas barreiras jurídicas clássicas. Independentemente do acerto jurídico, a teoria suplantada por Otto Gierke é a que melhor se

¹⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. p. 90/1.

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial**. Vol. 4. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial**. p. 73.

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial**. p. 73.

amolda ao contexto de convivência da atual Sociedade de risco, na qual operam, por exemplo, empresas transnacionais que interferem substancialmente no meio ambiente mundial, consoante aponta Sirvinskas²³: “Normalmente o centro das decisões de uma grande empresa situa-se em outro país, fazendo-se com que a punição se torne ineficaz, pois não há como responsabilizar, a via de regra, o autor do delito. Isso não ocorrerá se se admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica.”

E foi exatamente isso que o nosso legislador ordinário fez. Atendeu ao comando constitucional e aos anseios da Sociedade e editou a Lei número 9.605, de 12 de fevereiro de 1998²⁴.

A lei 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e, logo no seu início, no artigo 3º, afirma que as pessoas jurídicas poderão ser responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, sem prejuízo da responsabilização das pessoas naturais que de alguma forma participarem do fato delituoso:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

As penas aplicáveis às pessoas jurídicas estão descritas no artigo 21, e consistem em multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade.

As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são divididas em (art. 22): a) suspensão parcial ou total de atividades, que será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar, e; c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em (art. 23): a) custeio de programas e de projetos ambientais; b) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; c) - manutenção de espaços públicos; d) - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

²³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. p. 88.

²⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: ago/16.

Por fim, reza o artigo 24 que a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, para a prática de crime definido na Lei 9.605/98 terá decretada sua liquidação forçada e seu patrimônio será considerado instrumento do crime e, como consequência, perdido em favor da União.

Diante dessa divisão de posicionamentos, entre a possibilidade ou não da responsabilização da pessoa jurídica pelo cometimento de crimes ambientais, é possível, ainda, vislumbrar quatro subdivisões: I) uma quase inexpressiva, aduzindo que a CRFB previu apenas a responsabilidade administrativa, mas não criminal, do ente moral; II) a majoritária da doutrina, salientando ser incompatível a responsabilização de uma empresa com a teoria clássica do crime; III) a da necessidade da dupla imputação entre pessoas físicas e jurídicas, até então predominante na jurisprudência, e; IV) e, por último, a da possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica diante do atendimento do comando constitucional e da previsão legal constante na Lei 9.605/98.

A terceira subdivisão era imperativa em nosso ordenamento jurídico, acompanhando o Superior Tribunal de Justiça²⁵:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RECURSO. CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais **desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física** que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18/6/07) – sem destaque em negrito no original.

Isso, contudo, foi severamente modificado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. DUPLA IMPUTAÇÃO DESNECESSÁRIA: O JULGAMENTO DO RE 548.181/PR COM A CONSEQUENTE QUEBRA DO PARADIGMA E RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DA PESSOA JURÍDICA PELO COMETIMENTO DE CRIMES AMBIENTAIS

No ano de 2013, todo o panorama até então vivenciado no Brasil acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica foi definitivamente alterado diante do pronunciamento efetuado pela

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 989.089**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702310357&dt_publicacao=28/09/2009, Acesso em: ago/16.

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 548.181²⁶, do Paraná, relatado pela Ministra Rosa Weber, datado do dia 06 de agosto, no qual constou como recorrida a empresa Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS – que figurava como denunciada no processo originário –, e recorrente o Ministério Público Federal.

Consta no respectivo relatório que a inconformidade recursal versou sobre dois pontos. O primeiro deles com relação à concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício ao codenunciado Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente Regional da Petrobrás do Estado do Paraná; e o segundo o “condicionamento da ação penal contra a pessoa jurídica à persecução simultânea contra a pessoa física em tese responsável, no âmbito interno empresarial, pelo delito ambiental”²⁷.

O primeiro ponto tocado pelo Recurso Extraordinário não foi conhecido. Cuidava de insurgência do Ministério Público com relação à ordem de *habeas corpus* concedida de ofício pelo Superior Tribunal de Justiça ao codenunciado Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente Regional da Petrobrás do Estado do Paraná, após a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 83.554-6/PR, trancar parcialmente a ação penal corrente, especificamente na parcela desfavorável ao codenunciado Henri Philippe Reichstul, presidente da Petrobrás à época e também integrante do polo passivo da acusação juntamente com os dois nomes já mencionados.

Para tanto, a Primeira Turma da Corte Maior entendeu²⁸, diante da argumentação trazida aos autos, que, “inobstante, potencial erro de julgamento não representa vulneração da Constituição”, e que “eventual aplicação equivocada da lei aos fatos e/ou incorreta valoração de fatos e provas não ensejam o cabimento de recurso extraordinário”.

Conclusão diferente teve o segundo ponto referenciado no Recurso, o qual foi conhecido para o enfrentamento da questão pertinente ao “condicionamento, ou não, da persecução penal da pessoa jurídica por crime ambiental à identificação e à persecução simultânea da pessoa física ou natural por ele especificamente responsável, no âmbito interno da empresa”²⁹.

Ainda em juízo de admissibilidade, a fundamentação do acórdão principiou pela exposição

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000251057&base=baseAcordaos>. Acesso em: ago/16.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 33.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 34.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 35.

da ementa oriunda do RMS n. 16.696/PR, no qual, em um processo criminal em que havia a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física, diante do trancamento da ação com relação aos denunciados naturais e da aplicação do princípio *nullum crimen sine actio humana*, houve a extensão do trancamento da ação pessoal à pessoa jurídica.

Esse era, como anteriormente destacado, o entendimento consolidado até então na jurisprudência nacional. Não se admitia o processamento isolado do ente moral sem que o acompanhasse a pessoa física direta ou indiretamente responsável pelo exercício da atividade da empresa.

Mencionado o referido julgamento, o acórdão, “pelo carácter polêmico que ostenta o tema responsabilidade penal da pessoa jurídica³⁰”, passou a esmiuçar a matéria.

Indicou que há tempos alguns países, como Reino Unido, França e Estados Unidos adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seus ordenamentos. Na França existe tipificação expressa no Código Penal de 1994 acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica para o cometido de qualquer crime, não somente na esfera ambiental. As Cortes inglesas, em seu turno, reconheceram a responsabilidade no século XIX, como se observou no caso *Birmingham and Gloucester Railway Co. 1842 3 QB 223, 114 ER 492*. Os Estados Unidos seguiram o mesmo caminho do Reino Unido, fato evidenciado no caso *New York Central & Hudson River R.R v. US, 212 U.S 481, 1901*, oportunidade em que se destacou (conforme consta no acórdão do STF)³¹:

O Direito não pode fechar os olhos para o fato de que a grande maioria das atividades econômicas nos tempos modernos é conduzida por empresas, de que particularmente todo o comércio entre os Estados está inteiramente em suas mãos, é de que conceder a elas imunidade de qualquer punição, em decorrência da velha e explodida doutrina de que uma empresa não pode delinquir, iria tornar indisponíveis os únicos meios de efetivamente regular a matéria e de corrigir os abusos praticados.

Em continuação, aduziu que, no outro norte, a doutrina majoritária brasileira, apoiada no adágio *societas deliquere non potest*, “ainda é refratária à responsabilização penal da pessoa jurídica, à invocada necessidade de manutenção da pureza dogmática do Direito Penal” e que, em rumo antagônico, nosso legislador adotou posicionamento contrário, dando vida ao § 3º do artigo 225 da CRFB por intermédio do artigo 3º da Lei 9.605/98. Encerrou o juízo de admissibilidade citando inúmeras teorias pertinentes à imputação criminal da pessoa jurídica, salientando que, concordando ou não com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o condicionamento da

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 35.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 36.

dupla imputação pode impactar a eficácia do princípio constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica com relação ao cometimento de crimes ambientais, aduzindo³²:

Afinal, de certa forma, a responsabilização penal da pessoa jurídica decorre exatamente da percepção da insuficiência e da dificuldade da responsabilização penal da pessoa física para prevenir a prática de crimes, ambientais, ou de outra natureza, por parte de entidades corporativas que, na esteira do citado precedente da Suprema Corte norte-americana, dominam a atividade econômica.

A partir de então, ingressando ao cerne da controvérsia, a questão a ser enfrentada se restringiu a saber se a interpretação do § 3º do artigo 225 da CRFB, em conjunto com os artigos 2º e 3º da Lei 9.605/98, “leva à impossibilidade de a pessoa jurídica figurar isoladamente no polo passivo de ação penal, ou se, ao contrário, não se impõe a dupla titulação³³”.

Consignou-se que os entes morais são, desde 1988, portanto há mais de 25 anos, destinatários da lei penal no Brasil, consequência do dispositivo constitucional em comento. Somado a isso, que a Lei 9.605/98 concretizou o preceito constitucional ao fixar os pressupostos e as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, sendo descabido retomar, assim, a discussão acerca da legitimidade jurídica substancial da atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica, especialmente diante do fato de que os “argumentos teóricos e as concepções abstratas do modelo dogmático da ciência penal tradicional, embasados na ação do indivíduo (*societas delinquere non potest*), não convenceram o legislador constitucional originário, e, desse modo, são insuficientes para que se afirme a ilegitimidade da opção feita³⁴, também com relação ao legislador ordinário.

Acompanhando o raciocínio, está parcela da doutrina, como, exemplificando, Busato³⁵, assentando que “a teoria do delito já evoluiu suficiente para enfrentar e superar, com facilidade, as dificuldades clássicas do tema ação (vontade) e da culpabilidade”, e diversos precedentes judiciais, inclusive da própria Suprema Corte (RE 628.582; HC 92.921; RE 593.729), concluindo³⁶ que diversa não pode ser a interpretação, “tanto pela clareza do ‘mandato expresso de criminalização’ [...] com a utilização do conectivo ‘e’ entre as palavras penais e administrativas”, mas principalmente diante do fato de que uma interpretação diferente, “no sentido de que o constituinte não pretendeu penalizar os entes coletivos por crimes ambientais, seria o mesmo que reconhecer a quase

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 38.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 44.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 45.

³⁵ BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012. p. 36 e 86. Citação referenciada em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 45/6.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 47.

inutilidade absoluta do preceito constitucional”, finalizando: “Qual sua finalidade e razão de ser se apenas estivesse a afirmar a responsabilização de pessoas físicas e o sancionamento administrativo das pessoas jurídicas, o que já é inerente aos conceitos de direito penal e direito administrativo?”

E realmente, qual seria a finalidade e a razão de se consignar expressamente na CRFB a responsabilização da pessoa jurídica se não fosse esse o objetivo?

Conforme consta no acórdão, essa deve ser uma questão absolutamente superada, sem, porém, desmerecer a necessária e proveitosa discussão teórica sobre o tema, “cujas raízes se assentam na doutrina penal, reflexão sempre indispensável na evolução científica e descritiva do direito positivo”³⁷. Isso porque os ditames penais correlacionado com as pessoas naturais não podem ser estendidos às pessoas jurídicas, por absoluta incompatibilidade:

[...] a finalidade da imposição de uma pena aos entes coletivos não pode se guiar por critérios embasados na comparação ou na pretensão de correlação das pessoas jurídicas com as pessoas físicas, tornando-se indispensável, portanto, a elaboração de novos – e exclusivos ou conglobantes – conceitos de ação e de culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas³⁸.

Nesse sentido, registrou-se que se fazia necessário transpor a dogmática clássica do Direito Penal individual, elaborada a partir da ação humana consciente e dirigida a um fim, para a responsabilização da pessoa jurídica, pois, ao se manter estagnada a imperiosa evolução, “estar-se-ia quase a subordinar a responsabilização jurídico-criminal de ente moral à efetiva condenação da pessoa física, pois [...], por exigência de coerência, não haveria sentido em absolver a pessoa física, dela retirando a responsabilidade pela prática de um delito ambiental, e, ato contínuo, condenar a pessoa jurídica”, o que reforça o argumento da inaplicabilidade da dogmática tradicional do Direito Penal, diante da sua insuficiência ou quase inadequação para lidar com os injustos penais na Sociedade moderna.

Também no contexto das Sociedades modernas, especificamente no da “crise das sociedades pós-industriais, ou das sociedades de risco”, a organização das empresas e grandes conglomerados exige a “distribuição de competências no interior das modernas organizações e aparatos societários complexos impossibilita, em quantidade não desprezível dos casos, a identificação e a respectiva imputação das infrações penais a um sujeito concreto”³⁹.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 48.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 48/9.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 51.

Daí porque a responsabilidade da pessoa jurídica – a par das razões decorrentes da intenção de impedir que o ente coletivo obtenha lucros e vantagens advindos da prática de fatos ilícitos no seu interesse, e de fomentar que os órgãos técnicos e de direção da empresa atuem para impedir o cometimento de injustos, até como reforço, no caso da norma constitucional brasileira, na preservação dos bens jurídicos ambientais tutelados –, fundamenta-se na extrema dificuldade de obtenção da prova da autoria de ilícitos cometidos no ambiente empresarial e de conglomerados associativos, de intensa e intrincada segmentação na tomada de decisões e na condução técnica e de opções da sociedade, muitas vezes desenvolvidas em etapas sucessivas e complementares.

E em complemento⁴⁰: “De fato, as organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e a distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, nesse realidade, as dificuldades para se imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.”

Nesse diapasão, esclareceu-se não se tratar de desprezar o conhecimento interno das pessoas e órgãos internos componentes das empresas no tocante às respectivas participações na produção de um injusto penal, mas apenas que a identificação de processo de tomada de decisão em benefício ou interesse do ente moral não significa a mesma coisa que atribuir a essa equipe de trabalho o cometimento do ilícito penal, exatamente porque, por vezes, diante da segmentação de condutas, seria possível somente avaliação parcial e incompleta de responsabilidades.

A identificação dessas pessoas ganha especial relevo para esclarecer as condutas criminais individuais das pessoas físicas mas principalmente, no campo do tema tratado, para averiguar se a atuação deles se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva, algo que não se confunde em subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas, obtemperando:

Em resumo, a clivagem inerente ao funcionamento dos modernos conglomerados empresariais, em muitos casos, quase que impede a atribuição do fato delituoso a uma pessoa física determinada. Essa, exatamente, a *ratio essendi*, na minha visão, da norma constitucional que acolhe a responsabilidade penal da pessoa jurídica em atividades lesivas ao meio ambiente. Logo, não se coaduna com a norma do §3º do art. 225 da Constituição da República o condicionar ou o subordinar a responsabilização penal do ente moral à imputação cumulativa do fato ilícito a individualização do específico.

Por isso, como delineado no acórdão e assinalado pontualmente na doutrina – e, por consequência, no indicador legislativo –, a exigência de dupla imputação entre as pessoas físicas e jurídicas é inexistente e, de certa forma, carecedora de sentido. Afinal, a dupla imputação:

[...] não é elemento constitutivo do tipo penal e, tampouco, pré-condição para o oferecimento da denúncia, a comprovação da coautoria da pessoa física, pois, além de inexistir previsão legal de

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 52.

coautoria necessária nesses casos, tal interpretação quase esvaziaria a responsabilização penal do ente moral.

Definida essa questão, registrou-se no julgamento que, por mais que o legislador ordinário não tenha fixado por completo os requisitos necessários à imputação criminal da pessoa jurídica pelo cometimento dos delitos ambientais, esta seria uma tarefa atribuída à doutrina e à jurisprudência, levando-se como norteamento as diretrizes basilares da Lei 9.605/98, quais sejam: a) a infração ser cometida por decisão do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado, inserido no desdobramento padrão e objetivo da atividade econômica organizada da empresa, observando se houve ciência e aceitação da pessoa jurídica, ou, ao menos, inércia e omissão, diante da notoriedade do cometimento do delito, e; b) somado a isso, que essa infração tenha sido cometida com base nos interesses da pessoa jurídica, e não apenas para alimentar ambição pessoal do agente natural na busca da satisfação do interesse próprio ou em detrimento consciente dos interesses e fins da empresa. Finalizando o acórdão⁴¹:

Por esses motivos, a Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 3º) permite a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, se atribua o mesmo fato delituoso à pessoa física, bastando que fique demonstrado que o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária; e ainda que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva.

O acórdão teve redigida a seguinte ementa:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. p. 58.

benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

Encerrada, assim, a controvérsia jurídica, ao menos no cotidiano prático, sobre a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica independentemente da dupla imputação necessária com a pessoa física, restando afastada, conforme narra Slaibi Filho⁴², atos atentatórios contra o meio ambiente e, ao mesmo tempo, preservando princípios existentes há tempos em nosso meio jurídico:

Embora não haja, ainda, um limite de atuação para o Estado e para o indivíduo, no que diz respeito a atos que possam ser considerados atentatórios ao meio ambiente, não se espera que aumente a insegurança dos interessados no que se refere a tal questão, pois o texto constitucional simplesmente está incorporando princípios que já existiam em nossa legislação desde a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Não bastando, nunca é demais lembrar que a defesa e a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, atendendo ao comando do artigo 225, pode ser traduzido em parcela de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil consistente na dignidade da pessoa humana (art. 1, inc. III)

No contexto da dignidade da pessoa humana, Sarlet⁴³ registra que toda ação estatal, e não seria diferente com a jurisdicional, está vinculada ao referido princípio (fundamento), sendo obrigação do Estado preservar e coibir atividades que, de alguma forma, o contrarie. Essa missão também deve ser observada pelo legislador, responsável pela edificação da ordem jurídica:

Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica de atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que a viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.⁴⁴

⁴² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 693.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 132.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p.132/3

Em outro norte, Barroso⁴⁵ afiança que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor social, deve balizar o Estado na busca do bem comum, destacadamente com metas coletivas consideradas legítimas em uma democracia constitucional. Essas restrições, necessariamente existentes em uma Sociedade pluralista, “devem ser justificadas sobre as bases de uma ideia legítima de justiça, de um *consenso sobreposto*, que possa ser compartilhado pela maioria dos indivíduos e grupos”⁴⁶.

Assim, diante do valor intrínseco da dignidade atinente à qualquer ser humano e o valor primacial do meio ambiente extraído do texto da CRFB é que a interpretação jurisprudencial dada à responsabilização penal da pessoa jurídica no RE 548.181/PR não poderia ser diferente, agindo com salientado acerto o pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁷.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional**

Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Tradução de Humberto Laport de Mello. Título original: *Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: jun/16.

_____. Congresso Nacional. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: ago/16.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 989.089**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702310357&dt_publicacao=28/09/2009, Acesso em: ago/16.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Tradução de Humberto Laport de Mello. Título original: *Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*.

⁴⁶ Destacado em itálico no texto original. p. 88.

⁴⁷ “A chamada ‘jurisprudencialização’ da Constituição vem marcada pela transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional *jurisprudencial*, ou seja, passa-se do texto da norma para o texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança de paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua aberta e viva, para além da neutralidade do texto normativo.” MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 548.181**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000251057&base=baseAcordaos>. Acesso em: ago/16.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** - Vol. 2. 9. Ed. São Paulo: Forense, 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Tratado de Direito Constitucional**. Coord. Ives Granda, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO E A TEORIA CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE ¹

Volnei Celso Tomazini²

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica constitui-se num dos temas mais relevantes para o aprimoramento de estudos compatíveis com a expectativa de quem se interessa pelos efeitos da gestão empresarial, pública ou privada, que pugna pela preservação da natureza.

A Pessoa Jurídica de Direito Privado consolida-se na condição de principal agente responsável pelo desenvolvimento econômico dos países. Entretanto, o reconhecimento de sua relevância divide as opiniões entre àqueles, que defendem a exploração econômica dos recursos naturais para promoção de riquezas materiais e o combate ao desemprego, e entre àqueles que defendem a imposição radical de restrições à expansão econômica e empresarial em favor da preservação do meio ambiente. O papel das sociedades na difusão e distribuição de riquezas no século XXI está diretamente relacionado com a promoção de gestões empresariais direcionadas ao equilíbrio entre as duas correntes.

Tal intento parte da exemplificação de um caso concreto referente a um desastre ambiental ocorrido em solo brasileiro. A eleição deste incidente tem como escopo subsidiar a pesquisa, justificando-se porque as catástrofes ambientais são provocadas, em significativa parcela, pelas ações desenvolvidas para favorecimento dos interesses das empresas.

Com suporte teórico nas principais categorias utilizadas na presente pesquisa, quais sejam, Pessoa Jurídica, Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Teoria Construtivista, almeja-se obter resposta ao seguinte questionamento: Qual a contribuição que adoção da Teoria Construtivista de culpabilidade poderia trazer para o Sistema Jurídico brasileiro, no sentido de complementar os fundamentos jurídicos que autorizam a responsabilização penal ambiental das Pessoas Jurídicas de

¹ Artigo científico elaborado como requisito de avaliação para a disciplina Governança Transnacional e Sustentabilidade, sob a docência do Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas no curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

² Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: volneit@gmail.com

Direito Privado?

Para a elaboração da presente pesquisa adotou-se o método indutivo, desde a fase investigativa até a fase final, a qual consiste no relatório do resultado da pesquisa, utilizando-se, ainda, das técnicas do Referente, do Conceito Operacional, bem como da Pesquisa Bibliográfica.

1. RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA DECORRENTE DE DESASTRES AMBIENTAIS

A Justiça Federal do Estado brasileiro de Minas Gerais recebeu denúncia, proposta pelo órgão do Ministério Público Federal, contra vinte e duas pessoas físicas e quatro pessoas jurídicas, pela acusação de participação na causa que provocou grave desastre ambiental e resultou no rompimento da barragem hídrica de Fundão, no distrito de Bento Rodrigues, pertencente à cidade de Mariana, em Minas Gerais.

Trata-se de ação penal pública incondicionada referente ao maior desastre ambiental, ocorrido em cinco de novembro de 2015, em solo brasileiro. Em consequência, desta catástrofe, houve a destruição total da sede distrital de Bento Rodrigues, além da morte de 19 pessoas e a invasão de resíduos poluidores por toda a extensão da fluente, desde o local onde ocorreu o acidente até o litoral do Estado do Espírito Santo.³

Nos desastres ambientais, principalmente naqueles de graves proporções e notável degradação no meio ambiente, torna-se imprescindível a abertura de eficiente investigação para a apuração das deficiências de gestão, controle e fiscalização da empresa, e que contribuíram para as causas e consequências do desastre. O exemplo evidencia a busca da responsabilização penal das pessoas jurídicas envolvidas no grave acidente pelo Judiciário.

A Responsabilização Penal Ambiental da Pessoa Jurídica é assunto que desperta notável interesse, nos meios jurídico e acadêmico, tanto pelo viés informativo, quanto pela necessidade da promoção de debates jurídicos e que resulta no aperfeiçoamento da doutrina e jurisprudência acerca do tema.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e após a vigência da Lei

³ CRUZ, Antônio. Justiça aceita denúncia contra 22 e se tornam réus por rompimento de barragem em Minas. **IG São Paulo**; Publicado em 18 de novembro de 2016. Disponível em: < <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2016-11-18/justica-samarco-denuncia-reus.html>>. Acesso em: 08 out. 2017.

dos Crimes Ambientais ⁴ , consolidou-se, expressamente, no sistema jurídico nacional, a regulamentação da Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica. O legislador brasileiro atendeu aos anseios de segmentos, preocupados com a preservação da natureza, e promoveu a inclusão de preceitos de proteção ambiental no ordenamento jurídico, constituindo-se em significativa conquista a favor da sustentabilidade do meio ambiente.

Atualmente, o fenômeno da globalização adquire contornos cada vez mais presente no relevo da vida social e a formação de conglomerados empresariais avança, expandindo-se acentuadamente em todos os países.

Com propósito de proporcionar adequado tratamento jurídico no que concerne à responsabilização de quem promove a degradação do meio ambiente e garantir a viabilidade da exata aferição da culpabilidade dos agentes poluidores, pretende-se analisar a teoria que analisam a questão da culpabilidade. Com isso, merece especial destaque a importância da abordagem de assunto que desafia posicionamentos teóricos adversos no sentido de acolher ou até mesmo isentar de responsabilização penal a Pessoa Jurídica, quando envolvida na prática de crimes ambientais. Como bem jurídico da maior relevância, o meio ambiente contempla sua devida proteção por meio de atos eficazes, hábeis a inibir as ações e omissões que comprometem a sua preservação.

2. DA PESSOA JURÍDICA

2.1. Do conceito de pessoa

O termo “pessoa” significa em concepção genérica o ente, ou o ser humano, propriamente dito. O homem, simplesmente como concepção da existência em seu habitat natural. Em concepção diversa, especificamente no ramo jurídico, pessoa consiste numa entidade com atribuição de direitos e deveres na esfera institucional e da jurisdição. Na esteira desta observação, a doutrina especifica o termo pessoa, partindo de uma definição genérica para uma conotação mais específica no sentido de justificar a sua evidência.

Na concepção de Reale, o termo “pessoa” foi incluída no vocabulário português, tendo origem na expressão latina “persona”. Na antiguidade, este vocábulo era relacionado com as máscaras que eram usadas, pelos atores no teatro romano, para caracterizar as funções exercidas

⁴ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de fev. de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

pelos seus respectivos personagens na apresentação das atrações teatrais ao público⁵. Da inspiração artística, o termo deslocou-se do imaginário para o real, onde cada ser humano como pessoa representa o seu papel na sociedade.

A história revela que no passado, quando predominava o Império Romano, nem todo ser humano detinha a condição de pessoa. Para ser contemplado com tal privilegio usufruir do direito de liberdade constituía-se em pressuposto essencial. Somente a pessoa livre, ou seja, somente o detentor do direito de ir e vir possuía os requisitos necessários para auferir a condição de “pessoa”. Salienta-se que somente o cidadão, que nascia em Roma, possuía o pleno acesso aos atos da vida civil. Os escravos, as mulheres e os estrangeiros eram destituídos de qualquer direito.⁶

A definição do termo “pessoa” teve influência no sistema jurídico ocidental, cuja evolução relaciona-se com o desaparecimento da escravidão e à sua respectiva transformação em servidão. No regime feudal, culminou com o seu declínio no século XVIII. A partir desta evolução, observa-se o reconhecimento de certos direitos a favor do servo que se traduziam no reconhecimento de sua personalidade jurídica, embora com algumas restrições para diferenciá-lo de seu senhorio. A servidão, portanto, teve um papel relevante ao preparar o desaparecimento definitivo da distinção entre homens livres e os homens com cerceamento de sua liberdade.⁷

Decorrem, a partir de então, outros interesses importantes para a convivência do homem em sociedade que pressupõe a participação de uma ou mais de uma pessoa. Nasce a Pessoa Jurídica como instituição, cujos direitos e obrigações são conferidos pela lei e representados através de uma ou mais pessoas físicas.

2.2. Conceito de Pessoa Jurídica

A reunião de pessoas para fins de constituir Pessoa Jurídica visando a defesa de seus interesses é cada vez mais frequente.

Nessa compreensão, Pessoa Jurídica é a vontade humana de gerar entes abstratos, agrupando pessoas naturais ou um patrimônio, para assim não ser responsabilizada uma pessoa

⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 230.

⁶ Dicionário de Cultura Jurídica. Organização Denis Alland e Stéphane Rials. Tradução Ivone Castilho Benedetti. Revisão técnica Márcia Villares de Freitas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p.1337.

⁷ Dicionário de Cultura Jurídica. Organização Denis Alland e Stéphane Rials. Tradução Ivone Castilho Benedetti. Revisão técnica Márcia Villares de Freitas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p.1337.

isoladamente, evitando-se fragilizar a vida humana e os limites da pessoa natural.⁸

Visando formular compreensão objetiva sobre este conceito, Diniz, menciona que Pessoa Jurídica é “a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações”.⁹

Acrescenta-se que a capacidade da Pessoa Jurídica não se restringe apenas no campo dos direitos patrimoniais, mas estende-se, também, a todos os outros ramos do Direito que são compatíveis com a sua natureza. A Pessoa Jurídica tem capacidade de direitos públicos e privados, direitos de personalidade, direitos reais e obrigacionais. Encontra limites apenas nos atos decorrentes de sua própria natureza, tais como direitos de família, de parentesco e outros que são exclusivos da pessoa física¹⁰. Com isso, a Pessoa Jurídica cada vez mais consolida sua autonomia perante os atos da vida civil, distanciando-se da junção direta com a pessoa física.

Assim, ressalta-se que para a constituição de uma Pessoa Jurídica é imprescindível a união de pessoas naturais, unidas e organizadas, dotadas de direitos e também obrigações e que visam a uma finalidade de acordo com os propósitos pela qual ela foi criada. Se por um lado a Pessoa Jurídica surgiu com a finalidade de atender a interesses econômicos, por outro não se pode desconsiderar a sua finalidade social.¹¹

Dentre os objetivos compatíveis com finalidade social da Pessoa Jurídica encontra-se a adoção de meios técnicos e estruturais que impedem a poluição do meio ambiente, o ente moral tem a autorização para praticar atos jurídicos, bem como outro qualquer, exceto logicamente os proibidos em lei.¹²

A personalidade jurídica é a aptidão de um grupo de pessoas ou de um conjunto de bens para ser sujeito de direito.¹³ O que por muito tempo as noções eram voltadas para apenas uma

⁸ VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**, v.1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 249.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002. p.206.

¹⁰ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 30. Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 570-571.

¹¹ O artigo 116 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) dispõe que: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem os deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. (BRASIL. **Lei nº 6.604, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em 03 de agosto de 2017).

¹² ADVOGADOS, Associação Brasileira de. **Conceito e Classificação das Pessoas Jurídicas**. Disponível em: <http://aba.jusbrasil.com.br/noticias/176597777/conceito-e-classificacao-das-pessoas-juridicas>. Acesso em 23 de novembro de 2017.

¹³ **Dicionário de Cultura Jurídica**. Organização Denis Alland e Stéphane Rials. Tradução Ivone Castilho Benedetti. Revisão técnica

pessoa, a consideração de um sujeito distinto da pessoa física cria uma problemática. Havendo muita divergência perante as doutrinas, quanto a natureza da pessoa jurídica, se seria ela fictícia ou real, sendo que o único verdadeiro sujeito é o indivíduo.¹⁴

Diante da globalização e o aperfeiçoamento cada vez mais eficaz dos meios de comunicação, a Pessoa Jurídica adquiriu contornos imprescindíveis de modo que inexistem dúvidas no tocante a sua importância para o desenvolvimento econômico das sociedades. O ser humano possui tendência a constituição de uniões, seja para garantir a sua subsistência no passado, seja para garantir a eficácia dos atos do comércio no presente.

3. RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA

Em princípio, cabe a inclusão da proposta de conceituação de Responsabilidade Penal, colhendo-se da doutrina os respectivos fundamentos.

Diniz discorre acerca da Responsabilidade Penal, também chamada de “responsabilidade criminal”, ao descrevê-la como a:

Responsabilidade que pressupõe lesão aos deveres de cidadãos para a sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação de norma penal, exigindo, para restabelecer o equilíbrio, a aplicação de uma pena ao lesante. É a que decorre da prática de contravenção penal ou de crime comissivo ou omissivo pelo agente imputável que for chamado a responder por ela penalmente, arcando com as consequências jurídicas de seu ato, incorrendo nas sanções previstas na lei penal. O lesante suporta a respectiva repressão¹⁵.

Violação da norma penal constante do ordenamento jurídico é da essência da Responsabilidade Penal. Recomenda-se, portanto, evitar o equívoco sobre a impropriedade do uso dos termos responsabilidade e imputabilidade. Enquanto que esta consiste na reunião dos atributos para ser culpado, aquela consiste na condição de receber sanção em face do cometimento de crime ou contravenção penal. Não existe Responsabilidade Penal que não seja decorrente da culpabilidade. Como bem esclarece Nucci:

A antiga parte geral do Código Penal, antes da reforma de 1984, classificava este título como “Da responsabilidade”, o que de fato, merecia ser alterado. Enquanto imputabilidade é a capacidade de ser culpável e culpabilidade é juízo de reprovação social que pode ser realizado ao imputável,

Márcia Villares de Freitas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p.1339.

¹⁴ **Dicionário de Cultura Jurídica**. Organização Denis Alland e Stéphane Rials. Tradução Ivone Castilho Benedetti. Revisão técnica Márcia Villares de Freitas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p.1339.

¹⁵ ¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev., atual e aum. – São Paulo: Saraiva, 2005, p.204 e 205.

responsabilidade é decorrência da culpabilidade, ou seja, trata-se da relação entre o autor e o Estado, que merece ser punido por ter cometido um delito. Os conceitos não se confundem, embora possam ser interligados¹⁶.

Concebe-se a Responsabilidade Penal como a aptidão para responder pelas consequências da prática de um ato ilícito e arcando com a respectiva penalização.

4. DA OPOSIÇÃO À ADMISSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica sempre suscitou muita controvérsia nos meios jurídicos, juristas resistiam a responsabilização criminal da Pessoa Jurídica principalmente ao invocar o aforismo jurídico latino “societas deliquere non potest” (a sociedade não pode delinquir). Partindo-se do fundamento que apenas se atribui a culpabilidade a quem age com dolo ou culpa, exclui-se a Pessoa Jurídica por não atuar em seu próprio nome, estaria destituída de imputação jurídico penal.

Apenas a pessoa física poderia satisfazer as condições regulares para figurar no polo passivo de uma ação penal por possuir consciência e exprimir a sua vontade na prática de um delito.

5. TEORIA CONSTRUTIVISTA

A Teoria Construtivista de culpabilidade foi acolhida, pela primeira vez no Brasil, em 12 de setembro de 2012, pelo Tribunal Federal da 4ª Região, no recurso de Apelação Criminal nº 0010064-78.2005.404.7200/SC¹⁷. Tal decisão fundamenta-se na conveniência da construção de um modelo autônomo de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica o que contraria o critério da dupla imputação, preconizado pelo art. 3º, da Lei nº 9.605, de 12.02.1998 (Lei dos Crimes Ambientais)¹⁸.

No respectivo aresto, o relator do voto afasta a adoção da conhecida teoria da dupla imputação a qual prevê a aplicação obrigatória do reconhecimento da responsabilidade, em

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15ª Ed.rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 293.

¹⁷ BRASIL. TRF-4. Apelação Criminal n. 0010064-78.2005.404.7200, OITAVA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, D.E. 28/08/2012: “DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 3º DA LEI Nº 9.605/98. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. NATUREZA SUBJETIVA. POSSIBILIDADE E AUTONOMIA DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. CONCEITO CONSTRUTIVISTA DA CULPABILIDADE. SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS. AUTORREFERENCIABILIDADE E AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS ENTES MORAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ADMINISTRADOR PESSOA FÍSICA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL UNICAMENTE EM DESFAVOR DA EMPRESA CORRÉ. REJEIÇÃO DA TESE DA DUPLA IMPUTAÇÃO NECESSÁRIA. DESCONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE”

¹⁸ Dispõe o artigo 3º da Lei 9.605/98: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”. BRASIL.

conjunto, da pessoa física e da pessoa jurídica. Através da adoção da Teoria Construtivista de culpabilidade, o substancial voto contém fundamentação no sentido de que tanto as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas possuem autonomia para se constituírem em centros passíveis de imputações de ilícitos criminais e a respectiva penalização na forma da lei.

Ainda, o relator admite a aplicabilidade do artigo 3º, da Lei nº 9.605/98, que prevê a criminalização das pessoas jurídicas contra o meio ambiente, por entender hipótese conciliável com o comando do artigo 225, § 3º, da CRFB/88. Na mesma decisão, justifica o suporte legal da Teoria Construtivista com base em princípios de ordem constitucionais, principalmente na defesa do direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, com status de direito fundamental de terceira geração.

O teor da referida decisão, aprovada por unanimidade de votos, assevera em sua fundamentação que a culpabilidade jamais apresentou uma conceituação pacífica na seara jurídica, sua interpretação sempre esteve condicionada pela evolução das teorias do delito e da política jurídica. Adota uma releitura compreensiva do conceito de culpabilidade para amoldá-la às práticas delitivas cometidas pelos entes coletivos na sociedade de risco.

Portanto, trata-se de decisão que acolhe uma teoria importada da doutrina espanhola. O modelo construtivista de responsabilização penal da Pessoa Jurídica foi desenvolvido pelo jurista espanhol Carlos Gomez-Jara Díez¹⁹, que, por sua vez, justificou o suporte ideológico na teoria dos sistemas autopoieticos defendidos pelo sociólogo Niklas Luhmann. A proposição da teoria dos sistemas autopoieticos consiste na descrição da sociedade complexa atual, distanciando-se, contudo, das concepções que pretendem normatizá-la prescrevendo soluções para os supostos problemas sociais e que desejam ensinar como deve ser.²⁰

A teoria construtivista condiciona o seu sistema de organização que resulta numa organização autônoma da Pessoa Jurídica. Conforme explica Busato:

Segundo tal modelo, a pessoa jurídica encerraria em si mesma um sistema autopoietico, que se desenvolve e se reproduz a partir de suas próprias estruturas. Por tais razões, toda e qualquer teoria da culpabilidade do ente moral deveria estar calcada na análise da organização e da cultura autossustentável do ambiente empresarial. Seria a partir dessas duas elementares

¹⁹ DÍEZ, Carlos Gomez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁰ RAMOS, Chiara. O direito como comunicação produzida por um sistema autopoietico. introdução aos conceitos da teoria sistêmica luhmanniana. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 19, n. 4015, 29 jun. 2014](https://jus.com.br/artigos/29639). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29639>>. Acesso em: 30 set. 2017

empresariais(cultura e organização), portanto, que se poderia constatar um juízo de reprovabilidade em desfavor da pessoa jurídica criminosa²¹.

A culpabilidade da Pessoa Jurídica fundamenta-se na omissão por parte de seus representantes em não apresentar um programa efetivo de compliance.²² A ausência de um programa de compliance ou a inobservância das políticas ou diretrizes estabelecidas para a gestão da empresa caracterizaria a culpabilidade, como assevera Busato:

De outra forma, mas ainda de acordo com os ensinamentos de tal doutrina, pode-se dizer que toda vez que a pessoa jurídica não tomar os cuidados necessários de informação (omissão), por intermédio de um programa de compliance efetivo (dever geral de cuidado) e, em razão disto, realizar um ato ilícito, ela, pessoa jurídica, demonstra não possuir uma cultura empresarial de respeito ao Direito e, portanto, em razão dessa omissão de um dever de cuidado, consubstanciada na não realização de um programa de compliance efetivo, ela deverá ser sancionada, pois agiu com culpabilidade²³.

Portanto, trata-se de uma proposta de culpabilidade que possui semelhança com a negligência, característica de uma das formas de culpabilidade conforme a sua definição clássica.

6. CONVENIÊNCIA DA ADOÇÃO DA TEORIA CONSTRUTIVISTA

Pelas linhas da teoria construtivista a responsabilização penal da Pessoa Jurídica caracteriza-se pelo sistema social de organização empresarial, na medida em que os entes coletivos não possuem consciência, elemento norteador da responsabilização penal individual. Opondo-se ao critério da dupla imputação GOMES-JARA DÍEZ propõe um modelo que, ao mesmo tempo, respeita as tradicionais teorias do delito e oferece um instrumento capaz de dar conta de novas formas de criminalidade empresarial²⁴.

Sobre a importância da Teoria Construtivista destaca-se a versão de DÍEZ:

Destarte, neste contexto, pode-se constatar que uma das vantagens mais importantes na introdução de sistemas autônomos de RPPJ é a promoção de uma cultura de cumprimento da legalidade por parte das pessoas jurídicas. Isto é, se as empresas podem evitar sofrer a imposição de uma pena através da

²¹ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. **Revista Justiça e sistema Criminal**. v. 5, nº 9, p. 169-170, 2013. Disponível em <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24/21>>. Acesso em 06.10.2017.

²² Disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/compliance/19371>>. Acesso em 06.10.2017>: “Compliance é o conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer”.

²³ BUSATO, Paulo César. **Revista Justiça e sistema Criminal**. v. 5, nº 9, p. 169-170, 2013. Disponível em <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24/21>>. Acesso em 06.10.2017.

²⁴ DETZEL, André Eduardo; DETZEL, Aline Martinez. Superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica: reflexões sobre o modelo construtivista de autoresponsabilidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. ISSN: 2526-2526-0200. Brasília.v.2.nº 1. P785-807.jan.-jun.2016. p. 792-793

institucionalização de uma verdadeira e efetiva cultura de fidelidade ao Direito, isso constituirá um incentivo para que adotem programas de conformidade (*compliance programs*) que reduzem o risco de cometimento de ilícitos penais. Se, ao contrário, não é premiada adequadamente a empresa cumpridora da legalidade, então os comportamentos corporativos que produzem tanto dano social continuarão acontecendo²⁵.

Em decorrência da controvérsia mencionada, acerca da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, tanto na doutrina como na jurisprudência dos tribunais brasileiros, ainda não existe consenso quanto a aplicação desta teoria.

Torna-se inviável imobilizar a conceituação dos institutos jurídicos nos moldes doutrinários tradicionais, pois a ciência evolui e a sociedade exige solução para problemas sociais decorrentes desta transformação. Se no século passado o homem não detinha a conscientização sobre os efeitos da ausência de uma política voltada à preservação da sustentabilidade do planeta, no presente, não se pode ignorar a importância de se criar mecanismos para evitar a sua destruição.

No ramo do Direito Ambiental urge a necessidade de se buscar o aperfeiçoamento dos conceitos jurídicos tradicionais a fim de moldá-los às novas teorias que buscam se adequar às exigências normativas comportamentais concebíveis e aplicáveis na sociedade de um novo tempo. A proposição da Teoria Construtivista de autoresponsabilidade da Pessoa Jurídica surge como uma proposta para complementar a norma penal existente no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos deste trabalho ressaltam a importância da Pessoa Jurídica para o desenvolvimento econômico das sociedades, entretanto, deve-se pugnar por uma gestão equilibrada, onde as sociedades conciliem o desenvolvimento econômico sem desconsiderar a legislação que resguarda a proteção do meio ambiente. A Pessoa Jurídica é dotada de forte influência social, política e econômica em vários setores da sociedade, nesta condição constitui-se em potencial ameaça a bens e direitos jurídicos tutelados pelo Direito.

No passado prevalecia o entendimento de que a Pessoa Jurídica estava impedida de figurar no polo passivo das ações penais. Eram destituídas de capacidade e apurava-se a capacidade criminal de seus sócios ou representantes legais. A doutrina evoluiu para a concepção de novas

²⁵ DIEZ, Carlos Gomes-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a exposição e resposta às críticas formuladas. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. São Paulo, nº 100, p. 415-451, 2013.

teorias acerca da Responsabilidade, buscando-se novas concepções a fim de adequar-se o direito vigente às transformações sociais que ocorrem em função das alterações de ordem social e política do planeta.

A Teoria Construtivista de autoresponsabilidade constitui-se numa alternativa para justificar os fundamentos jurídicos para fins de justificar a responsabilização penal da Pessoa Jurídica. Esta teoria caracteriza-se pelo sistema social de auto-organização empresarial. A aplicabilidade deste instituto ainda é incipiente. Para tanto, torna-se imprescindível a complementação dos estudos acerca deste tema, principalmente no que concerne à sua interpretação em outros países.

Conclui-se o relatório com os fundamentos que resultam numa resposta positiva ao problema formulado na pesquisa. De acordo com as razões expostas, a adoção da Teoria Construtivista de culpabilidade é de suma importância para o Sistema Jurídico brasileiro, no sentido de complementar os fundamentos jurídicos que autorizam a responsabilização penal ambiental das Pessoas Jurídicas de Direito Privado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADVOGADOS, Associação Brasileira de. **Conceito e Classificação das Pessoas Jurídicas**. Disponível em: <<http://aba.jusbrasil.com.br/noticias/176597777/conceito-e-classificacao-das-pessoas-juridicas>>. Acesso em 23 de novembro de 2017.

BRASIL. **Lei n º 6.604, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de fev. de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. **Revista Justiça e sistema Criminal**. v. 5, n. 9, 2013. Disponível em <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24/21>>. Acesso em 06.10.2017.

CRUZ, Antônio. Justiça aceita denúncia contra 22 e se tornam réus por rompimento de barragem em Minas. **IG São Paulo**; Publicado em 18 de novembro de 2016. Disponível em: <

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2016-11-18/justica-samarco-denuncia-reus.html>>. Acesso em: 08 out. 2017.

DÍEZ, Carlos Gomes-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a exposição e resposta às críticas formuladas. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. São Paulo, nº 100, p. 415-451, 2013.

DETZEL, André Eduardo; DETZEL, Aline Martinez. Superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica: reflexões sobre o modelo construtivista de autoresponsabilidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. ISSN: 2526-0200. Brasília. v.2.nº 1. P785-807.jan.-jun.2016. p. 792-793.

Dicionário brasileiro de direito constitucional. Coordenador geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007.

Dicionário de Cultura Jurídica. Organização Denis Alland e Stéphane Rials. Tradução Ivone Castilho Benedetti. Revisão técnica Márcia Villares de Freitas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

Dicionário de Princípios Jurídicos. Kataoca, Eduardo Takemi. Galdino, Flávio. organizadores; Torres, Sílvia Faber, supervisora. Antunes, Paulo de Bessa, autor do artigo científico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DÍEZ, Carlos Gomes-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a exposição e resposta às críticas formuladas. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. São Paulo, nº 100, p. 415-451, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev., atual e aum. – São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 30. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed.rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

RAMOS, Chiara. O direito como comunicação produzida por um sistema autopoietico. Introdução aos conceitos da teoria sistêmica luhmanniana. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4015, 29 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29639>>. Acesso em: 30 set. 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**, v.1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.